

ALEXANDRE TOMASCHITZ

CRIME IMPOSSÍVEL

CURITIBA
2004

ALEXANDRE TOMASCHITZ

CRIME IMPOSSÍVEL

Monografia apresentada pelo acadêmico Alexandre Tomaschitz, matrícula número 000173-2, sob a orientação do Professor João Gualberto Garcez Ramos, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA
2004

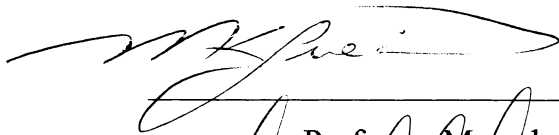
CRIME IMPOSSÍVEL.

Monografia, apresentada pelo acadêmico Alexandre Tomaschitz, matrícula número 000173-2, sob a orientação do Professor João Gualberto Garcez Ramos, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, aprovada pela banca examinadora composta pelo Professor Luiz Alberto Machado e pelo Professor Marcelo Kintzel Graziano.

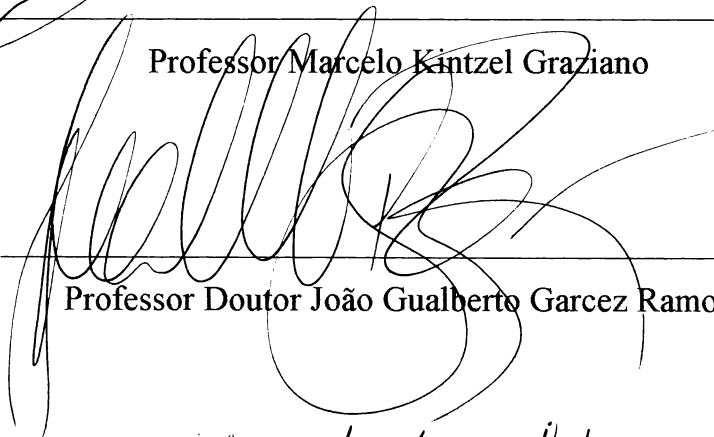
Curitiba, 05 de outubro de 2004.



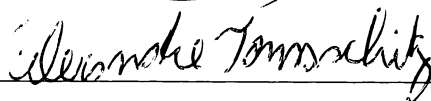
Professor Doutor Luiz Alberto Machado



Professor Marcelo Kintzel Graziano



Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos



Acadêmico Alexandre Tomaschitz

SUMÁRIO

RESUMO vi

INTRODUÇÃO 01

1 – CONCEITO, CARACTERES E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL 03

1.1. DIREITO PENAL 03

1.2. CARACTERES DO DIREITO PENAL 05

1.3. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL 07

A) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 08

B) PRINCÍPIO DA IGUALDADE 08

C) PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA 09

D) PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE 09

E) PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL 10

F) PRINCÍPIO DA LESIVIDADE 10

G) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA 11

H) PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL 11

I) PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE 12

J) PRINCÍPIO DA HUMANIDADE 12

L) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 13

M) PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL 13

N) PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA 13

2 – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME 15

2.1. CRIME 15

2.2. CARACTERÍSTICAS OU ELEMENTOS DO CRIME 21

A) AÇÃO OU OMISSÃO 22

B) TIPICIDADE 25

C) ANTIJURIDICIDADE OU ILICITUDE 31

D) CULPABILIDADE 34

E) PUNIBILIDADE 40

3 – CONCEITO E ELEMENTOS DA TENTATIVA 41
3.1. MOMENTOS DE REALIZAÇÃO DO CRIME 41
3.2. TENTATIVA 43
4 – CRIME IMPOSSÍVEL 47
4.1. CRIME IMPOSSÍVEL 47
4.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E TEORIAS DO CRIME IMPOSSÍVEL 52
4.3. CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E NO DIREITO
COMPARADO 54
4.4 CASUÍSTICA DO CRIME IMPOSSÍVEL 57
A) INIDONEIDADE ABSOLUTA DO MEIO E DO OBJETO 57
B) FLAGRANTE PREPARADO 58
C) OUTRAS HIPÓTESES 59
CONSIDERAÇÕES FINAIS 61
ABREVIATURAS 63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 64

RESUMO

A presente monografia pretende analisar, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, os aspectos relevantes inerentes à figura do crime impossível, que constituiu uma tentativa delituosa absolutamente inidônea e, conseqüentemente, atípica. Primeiramente, será analisado, genericamente, o Direito Penal, delimitando-se o seu conceito, caracteres e princípios. Após, será analisado, genericamente, o crime, apontando-se o seu conceito, aspectos e características. Será analisada, também, genericamente, a tentativa, estabelecendo-se o seu conceito, elementos e questões relevantes. E, por último – após a breve e necessária explanação sobre o Direito Penal, o delito e a tentativa – será analisado o crime impossível, estudando-se as questões relevantes e imprescindíveis sobre essa temática.

INTRODUÇÃO

A natural e obrigatória convivência humana, devido ao comportamento belicoso dos indivíduos, impõe a existência de regras de proceder, restringindo ou limitando a liberdade individual, permitindo aos homens a vida em sociedade, ou seja, a coexistência social¹.

Assim, o Direito, genericamente, é o conjunto das normas que regulam a vida social, exercendo uma função de pacificação social.

O Estado promove a coexistência pacífica entre os seres humanos através de diversos mecanismos, dentre os quais, o Direito Penal, que é um sistema de controle social formal.

Portanto, o Direito Penal objetiva reprimir e prevenir atos que lesionem bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, instituindo, através das normas penais, condutas ilícitas, as quais comina uma sanção.

O Estado, então, baseando-se no Direito Penal, exercerá um poder de punição, sancionando os indivíduos, com a perda de um bem jurídico, que se comportarem ilicitamente, ou seja, contrariamente à sociedade.

O Direito Penal, entretanto, não limitará, apenas, a atividade individual, mas, também, a atividade estatal, pois, em um estado social e democrático de direito, não é possível ao Estado uma atuação arbitrária, devendo, assim como os indivíduos, comportar-se justamente.

Portanto, o Direito Penal, além das normas penais, é composto por um sistema de interpretação das normas penais, o qual, além da aplicação normativa, desempenhará uma função de delimitação da atuação estatal, determinando, em quais casos, o Estado deverá punir o indivíduo que se comporta injustamente.

A figura do crime impossível, portanto, se enquadra nesse sistema de interpretação das normas penais.

Não é suficiente, então, para a criação de um sistema de controle social formal,

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 07 e 08.

a determinação positiva de condutas ilícitas e de sanções.

Além da previsão positiva de condutas ilícitas (crime) e de sanções (pena), é necessário a previsão de normas que possibilitem o efetivo funcionamento de um sistema de controle social, determinando-se o modo de verificação, em relação à hipótese concreta, da existência de um comportamento ilícito, e o modo de aplicação, em relação à hipótese concreta, da respectiva sanção cominada à conduta delituosa, além de limitar a atuação estatal arbitrária na verificação e na punição da infração à norma penal.

Portanto, a presente monografia pretende analisar a figura do crime impossível, que, em relação a um fato concreto, determina a existência ou a inexistência da tentativa punível de um comportamento ilícito.

Primeiramente, será analisado, genericamente, o Direito Penal, delimitando-se o seu conceito, caracteres e princípios.

Após, será analisado, genericamente, o crime, apontando-se o seu conceito e características.

Será analisada, também, genericamente, a tentativa, estabelecendo-se o seu conceito e elementos.

E, por último – após a breve e necessária explanação sobre o Direito Penal, o delito e a tentativa, pois, o Direito Penal engloba o crime, do qual decorre a tentativa, na qual se examina a tentativa inidônea – será analisado o crime impossível, estudando-se as questões relevantes e imprescindíveis sobre essa temática.

1 – CONCEITO, CARACTERES E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

1.1. Direito Penal

O vocábulo “direito”, genericamente, possui diversas significações, não sendo possível, portanto, determinar, expressamente, uma única e completa definição desse termo.

Juridicamente, a expressão “direito”, segundo João Batista Herkenhoff, pode ser empregada, em síntese, nos seguintes sentidos: (i) como o conjunto de normas ou regras jurídicas; (ii) como faculdade, ou seja, como a autorização que um sujeito tem para exigir a prestação de um dever por parte de outro sujeito; (iii) como a idéia ou o ideal de Justiça; (iv) como o setor do conhecimento que investiga o fenômeno jurídico; e (v) como um fato social².

Entretanto, segundo Michel Mialle, a ciência do direito é, em primeiro lugar, uma técnica de pacificação social, ou seja, *“um conjunto de técnicas para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre homens propensos às paixões”*³.

Então, analisando-se historicamente o Direito, percebe-se que, os homens, naturalmente belicosos, ao viverem em sociedade, necessitam de regras que possibilitem o convívio humano.

Conforme ensina José Frederico Marques, *“a vida em sociedade que é inclinação natural do homem exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleçam regras indispensáveis ao convívio dos indivíduos”*⁴.

Assim, em uma análise sucinta, os homens, agrupados em sociedade, estabelecem, através do Estado, legitimado pelo “contrato social”, atos justos e injustos, limitando-se a liberdade individual em prol de uma convivência pacífica, punindo-se os atos injustos (direito de punir do Estado), coagindo-se os homens a comportarem-se justamente.

² HERKENHOFF, João Baptista. *Para Gostar de Direito*, 2ª ed.. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 21 a 25.

³ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, 2ª ed.. Lisboa: Estampa, 1989, p. 25.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. I, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 1.

Portanto, o Estado prescreverá atos injustos (crime), punindo os homens que se comportarem injustamente (pena), através da verificação da ocorrência desses atos e da determinação dessa punição cabível (processo), instituindo um sistema de controle social formal.

O Direito Penal, então, segundo ensina Aníbal Bruno, “*se apresenta como o conjunto das normas jurídicas, pelas quais se exerce a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes, por meio de sanções cominadas aos seus autores*”⁵.

No entanto, conforme explicam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “*com a expressão ‘direito penal’ se designam – conjunta ou separadamente – duas entidades diferentes: 1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; ou 2) o sistema de interpretação desta legislação, isto é, o saber do direito penal*”⁶.

Assim, o Direito Penal, como sinônimo de ciência penal, além do conjunto das normas jurídico-penais, é, segundo leciona Francisco de Assis Toledo, “*um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam, com vistas à sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça*”⁷.

A finalidade do Direito Penal, entretanto, não será impedir, materialmente, a prática do crime⁸, pois, não é possível ao Estado, objetivamente, a ingerência sobre a vontade dos homens, mas, sim, combatê-lo, prevenindo ou reprimindo o ilícito penal, por necessidade da defesa social, ou seja, da defesa dos bens jurídicos essenciais.

O Direito Penal, como ramo do ordenamento jurídico, distingue-se dos demais ramos do direito, conforme explica Heleno Cláudio Fragoso⁹, pelo meio da atuação e tutela com que atua, ou seja, pela pena criminal, a qual consiste na perda de um bem

⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, t. 1º, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 28.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 01 e 02.

⁸ O crime, apesar de sua reprovabilidade, em um aspecto sociológico, é, segundo explica Emile Durkheim, um fenômeno social normal, presente em todas as sociedades constituídas pelo ser humano (DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Espanha: Morata, 1978, p. 83. In BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, v. I, 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 01 e 02).

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 3.

jurídico imposta ao autor do ilícito, possuindo um caráter retributivo¹⁰.

Doutrinariamente, o Direito Penal é classificado em objetivo e subjetivo, afirmando-se que o conjunto de normas jurídicas constitui o Direito Penal objetivo, do qual decorre o Direito penal subjetivo, que é o direito subjetivo – um poder-dever – de punir do Estado, que surge com a norma penal.

A denominação “direito penal”, apesar de amplamente utilizada, inclusive pelo ordenamento legal brasileiro, é alvo de críticas doutrinárias, pois, o termo “direito penal”, referindo-se apenas ao efeito jurídico do crime (pena), é altamente limitador. Assim, parte da doutrina utiliza a expressão “direito criminal”, a qual é mais compreensiva, abrangendo o crime e os seus efeitos jurídicos.

Além disso, diversos autores propõem denominações diversas para o Direito Penal, como, por exemplo, direito repressivo ou direito de defesa social, as quais não foram adotadas pela doutrina.

E, por último, o enquadramento do direito como uma ciência, seja no âmbito genérico do Direito ou específico do Direito Penal, é um tema controvertido, entretanto, atualmente, a doutrina majoritária considera o Direito, genericamente, no âmbito das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito e de Teoria Geral do Direito, e o Direito Penal, especificamente, no âmbito da disciplina de Direito Penal, ciências.

1.2. Caracteres do Direito Penal

O Direito Penal, primeiramente, é dotado de um caráter público, pois, tutela bens jurídicos, públicos ou privados, em prol do interesse da coletividade, assegurando as condições de convivência social e de segurança jurídica, através da atuação do Estado, o qual é o detentor de um direito subjetivo de punir, eminentemente público – não sendo possível ao particular exercê-lo, que se constituiu em um poder-dever e, principalmente, em um limite à atuação estatal.

¹⁰ Em relação ao caráter ou finalidade da pena, é necessário mencionar a existência de uma discussão doutrinária quanto à natureza retributiva, preventiva, reparadora ou ressocializante da sanção criminal, não sendo pacífico o entendimento que a natureza da pena é predominantemente retributiva.

Outro caractere do Direito Penal, extremamente valorizado pela doutrina moderna, é o seu caráter finalístico, ou seja, o Direito Penal tem a finalidade de, abstratamente, prevenir ou reprimir o crime (combatê-lo); de proteger os bens jurídicos fundamentais; e de proteger os indivíduos componentes da sociedade, garantindo que esses gozem dos bens jurídicos tutelados.

Além disso, o Direito Penal, utilizando-se da divisão clássica das ciências, é cultural, pois, é uma ciência do dever-ser (ciências culturais) e não do ser (ciências naturais).

O Direito Penal também é normativo, uma vez que se realiza através de normas de Direito Público, ou seja, em uma análise positiva, além da ciência do Direito Penal ter como objeto o estudo da norma penal, o Direito Penal, como Direito Público, surge de normas positivas.

Ainda, o Direito Penal tem um caráter valorativo, ou seja, dentre um universo jurídico único de licitudes e ilicitudes, utilizando-se de sua própria escala de valores, que varia de acordo com o fato que lhe dá conteúdo, seleciona as ilicitudes que merecem uma sanção penal, valorando as suas próprias normas e as dispondo em escala hierárquica.

Uma outra característica do Direito Penal é o seu caráter sancionador, porque, além de proteger, com a cominação de sanções penais, a ordem jurídica, tutelando bens jurídicos regulados ou não por outros ramos do direito (predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo) – em um sentido cronológico (considera qual o ramo jurídico que regulou, antes, o bem jurídico tutelado), o Direito Penal, em um sentido lógico, é o último ramo do ordenamento jurídico a ser utilizado no sancionamento das condutas, devido à importância dos bens protegidos e à gravidade das sanções impostas.

O Direito Penal possui, além disso, um caráter primário ou original, constitutivo e autônomo em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico, pois, protege bens e interesses não tutelados por outras áreas do Direito, e, ao proteger bens e interesses tutelados por outras áreas do ordenamento jurídico, o faz de maneira diferenciada.

E por último, o Direito Penal é uma ciência lógica abstrata dedutiva, haja vista

que, a ciência do Direito Penal, primeiramente, através de métodos próprios de averiguação, elabora conceitos abstratos (condutas abstratas ilícitas), aos quais os fatos concretos deverão adequar-se (condutas concretas consideradas ilícitas em comparação às condutas abstratas ilícitas), ao contrário das ciências causais explicativas, que elaboram o conceito abstrato a partir do fato concreto.

1.3. Princípios do Direito Penal

O Direito Penal, como um ramo do ordenamento jurídico, é composto de normas, as quais se dividem em regras e princípios.

A teoria da metodologia jurídica, tradicionalmente, distinguia as normas e os princípios, entretanto, conforme explica José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios, assim como as regras, são espécies de normas, sendo que os princípios são *”normas jurídicas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos”* e as regras são *“normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida”*¹¹.

Portanto, os princípios são as normas que delimitam o ordenamento jurídico e que fundamentam as regras, os quais, devido ao caráter normativo e histórico, são reflexos do período histórico no qual surgiram ou vigem.

Segundo ensina Miguel Reale Júnior, *“está o direito inserido na história, e a sua historicidade se manifesta por ser ele reflexo das condições sociais e culturais de uma época”*¹².

Assim, analisando-se a evolução histórica do Direito Penal, é possível pontuar os princípios nos quais se baseavam o Direito Penal de cada época, como, por exemplo, o Direito Penal Liberal, baseado nos princípios da legalidade, tipicidade e fraternidade.

Os princípios norteadores do atual Direito Penal brasileiro, genéricos

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166 a 168.

¹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15.

(princípios gerais do Direito) ou específicos, são previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, codificada (Código Penal) ou esparsa (leis penais especiais).

Como o Estado Brasileiro é um estado social e democrático de direito, a atuação estatal, em relação ao Direito Penal, não pode ser arbitrária e ilimitada, devendo ser pautada em princípios (explícitos ou implícitos) limitadores, determinados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais, os quais são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal.

É possível, portanto, delimitar os seguintes princípios fundamentais de Direito Penal:

a) Princípio da legalidade

Segundo o princípio da legalidade ou da reserva legal (reserva absoluta de lei ou anterioridade da lei penal), nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva.

O desdobramento inicial do princípio da reserva legal é a função exclusiva da lei para a elaboração da norma incriminadora, não sendo possível à utilização de outras fontes do Direito para a criação de figuras criminosas, a fundamentação ou a agravamento da pena, como o direito consuetudinário e a analogia.

Outro desdobramento é a exigência de lei anterior, ou seja, a lei que instituiu o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir.

E por último, a lei instituidora de uma figura penal deve ser certa, definindo, explicitamente, o crime e a pena, não deixando margens a dúvidas ou lacunas.

b) Princípio da igualdade

Todos são iguais perante a lei, ou seja, o Estado deve assegurar uma igual

aplicação da lei a todos os cidadãos (igualdade formal).

Entretanto, o princípio da isonomia não se restringe à igualdade formal, pois, a mera aplicação formalmente igualitária da lei em situações desiguais poderá ser injusta, sendo necessário, portanto, não somente a igualdade perante a lei, mas também a igualdade através da lei, ou seja, em situações desiguais, a lei deverá ser aplicada desigualmente, objetivando igualar as situações desiguais (igualdade material).

c) Princípio da intervenção mínima

O Estado, devido à gravidade das sanções impostas ao indivíduo, somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento jurídico, meio adequado para prevenir e reprimir o ilícito.

A sanção criminal traduz uma drástica intervenção nos direitos mais elementares e fundamentais da pessoa, cuja proteção é um dos deveres essenciais do Estado, devendo o poder estatal punitivo ser limitado e controlado, evitando-se arbitrariedades e excessos.

Assim, segundo o princípio da intervenção mínima (princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal), a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, esgotando-se todos os meios extrapenais de controle social, não devendo ser realizada se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela do bem jurídico.

d) Princípio da fragmentariedade

O Direito Penal é fragmentário, ou seja, nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas e nem todos os bens jurídicos são tutelados pelo Direito Penal, limitando-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, ocupando-se somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.

Assim, o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos (proteção de todos os bens do universo jurídicos), mas, um sistema descontínuo, selecionando os ilícitos mais graves e mais perigosos praticados contra os bens jurídicos mais relevantes.

e) Princípio da irretroatividade da lei penal

A lei penal não retroage, ou seja, a lei, desde que entre em vigor até que cesse a sua vigência, rege todos os atos abrangidos pela sua destinação (eficácia), não alcançando os atos anteriores (retroatividade) e posteriores (ultra-atividade), ou seja, não é extra-ativa.

Excetua-se, entretanto, a lei penal mais favorável ao réu, a qual sempre retroage em benefício do acusado, e as leis temporárias ou excepcionais, as quais são ultra-ativas, pois, como são leis de vida curta e cujos processos, muitas vezes, estendem-se para além do período de vigência, terão aplicação aos fatos ocorridos durante a sua vigência, mesmo depois de esgotada, mantendo-se a sua força intimidativa.

Porém, não é pacífico o entendimento que a ultra-atividade das leis excepcionais e temporárias é uma exceção ao princípio da não extra-atividade da lei penal, pois, apesar de alguns autores as considerarem uma exceção, existem autores que não analisam a ultra-atividade dessas leis na esfera do direito intertemporal, como uma exceção ao princípio da irretroatividade da lei penal, mas, no âmbito da tipicidade, ou seja, o tempo como fator de punibilidade.

f) Princípio da lesividade

Segundo o princípio da lesividade (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos ou da ofensividade), o Direito Penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos.

Não é possível, portanto, acionar o instrumento estatal de controle social se o

comportamento de determinado indivíduo, comissivo ou omissivo, não possuir nenhum laivo de lesividade (proibir por proibir).

g) Princípio da insignificância

O Direito Penal, devido à sua natureza fragmentária, exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, não devendo ocupar-se de bagatelas, pois, nem sempre qualquer ofensa aos bens ou interesses tutelados é suficiente para configurar o injusto típico.

Assim, é necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal, sendo que as condutas insignificantes, apesar de amoldarem-se ao tipo penal, não apresentam relevância material, excluindo-se a tipicidade penal dessas condutas.

h) Princípio da adequação social

O Direito Penal tipifica condutas que tenham uma certa relevância social, selecionando determinados ilícitos do universo jurídico e os valorando como ilícitos penais, devido à gravidade da conduta ou a relevância do bem jurídico tutelado.

Entretanto, existem condutas que, devido à sua adequação social, ou seja, à adequação ao socialmente permitido ou tolerado, não podem ser consideradas criminosas, mesmo amoldando-se a determinada descrição típica formal, pois carecem de relevância social, sendo materialmente irrelevantes.

Sustentou-se que o princípio da adequação social afastaria a tipicidade ou a antijuricidade da conduta típica e socialmente adequada, entretanto, o entendimento dominante, atualmente, considera o princípio da adequação social um princípio geral de interpretação (hermenêutica) ou um princípio regulador geral da conduta típica, ou seja, um critério de interpretação restritiva do tipo penal, porém, um parâmetro inseguro e relativo, devido à dificuldade de determinar-se o conceito de socialmente adequado.

i) Princípio da culpabilidade

A responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, o indivíduo é responsável, pessoalmente, pelo fato por ele praticado, com dolo ou culpa, não sendo possível responsabilizar-se objetivamente o indivíduo pela simples produção do resultado lesivo.

A culpabilidade, no âmbito do Direito Penal, reveste-se de um triplo sentido: (i) a culpabilidade como fundamento da pena, ou seja, a possibilidade da aplicação ou não da pena ao autor de um fato típico e antijurídico, segundo os requisitos da capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta; (ii) culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena, ou seja, a culpabilidade é o limite da pena, impedindo que a pena seja aplicada além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada a outros critérios; e (iii) a culpabilidade como responsabilidade subjetiva, ou seja, a impossibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva.

j) Princípio da humanidade

Não é possível ao poder estatal punitivo, segundo o princípio da humanidade, a aplicação de sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados, ou seja, nenhuma pena pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

Não é possível ao Direito Penal atingir a sua finalidade de controle social sem a imposição de sanções gravosas aos indivíduos, entretanto, o Direito Penal deve portar-se pelo princípio da humanidade, limitando-se o poder punitivo estatal.

O princípio da humanidade, entretanto, não pode restringir-se a uma proposta negativa (limitação do poder estatal punitivo), mas, também, deve expressar uma proposta positiva, ou seja, o respeito à dignidade humana durante a execução da pena privativa de liberdade.

l) Princípio da proporcionalidade

Devido à gravidade das sanções penais, a pena cominada ou aplicada deve ser proporcional ao fato punível, não sendo possível a aplicação ou a cominação de uma pena flagrantemente desproporcional à gravidade do fato.

O princípio da proporcionalidade implica, conseqüentemente, em um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena), rechaçando, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global.

m) Princípio da responsabilidade pessoal

Segundo o princípio da responsabilidade pessoal, a pena somente deve ser imposta ao autor da infração penal, ou seja, nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Não é possível a responsabilização de terceiros, como, por exemplo, a família, pela prática criminal de um determinado indivíduo, tal qual ocorria nos períodos do Direito Penal de vingança privada e de vingança pública.

n) Princípio da individualização da pena

A individualização significa adaptar a pena ao condenado, considerando-se as características do agente e do delito.

As espécies; a gradação mínima e máxima, em relação a cada tipo penal; e as formas de aplicação da pena são previstas pelo ordenamento jurídico, as quais foram estabelecidas pelo legislador, segundo os princípios norteadores do Direito Penal, cabendo ao juiz, no caso concreto, segundo esses critérios, objetivos e subjetivos,

mensurar a individualização da pena.

Além desses princípios, o Direito Penal deve sujeitar-se, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico, aos princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais (explícitos ou implícitos), como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, e aos direitos humanos, oriundos da legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional) e do Direito Internacional Público.

2 – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME

2.1. Crime

O crime, em um sentido amplo, é um sinônimo de infração penal, fato punível ou delito, entretanto, em um sentido estrito, segundo o critério bipartido adotado pelo atual sistema penal brasileiro, em oposição ao critério tripartido (que distingue crimes, delitos e contravenções), o crime, juntamente com a contravenção, são espécies da infração penal, conforme estabelece o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/1941), *in verbis*: “*Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente*”.

Genericamente, o crime, segundo Luiz Alberto Machado, é um desvalor jurídico, o qual varia, espacial e temporalmente, em consequência da mutação dos conceitos culturais, filosóficos e políticos¹³.

Francisco de Assis Toledo consigna que, além de um fenômeno social, o crime é um episódio da vida de uma pessoa humana, não podendo ser dela destacado e isolado, não se apresentando, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, pois, cada crime tem a sua história, a sua individualidade¹⁴.

Entretanto, devido ao caráter científico do Direito Penal, é imprescindível a teorização de uma conceituação lógica e jurídica de crime, não somente devido à necessidade de delimitar a natureza e o alcance das investigações da Ciência Penal, mas também devido à necessidade de fixar os limites de segurança individual e coletiva em torno dos quais se formam e se desenvolvem os princípios e as regras do Direito Penal.

O crime é, substancialmente, um fato humano, que lesa ou expõe a perigo bens

¹³ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 77.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 79.

jurídicos penalmente protegidos, ou, conforme explica Aníbal Bruno, sob um ponto de vista sociológico-jurídico, “*um ato que ofende ou ameaça um bem ou interesse jurídico julgado fundamental para a coexistência social e por isso protegido pelo Estado sob a ameaça de uma pena*”¹⁵.

Porém, apesar da importância da proteção do bem jurídico, o crime é, essencialmente, uma conduta, valorizada, primeiramente pelo ordenamento jurídico e depois pelo Direito Penal, negativamente, como desviante da normalidade social, ou, segundo ensina José Frederico Marques, “*o crime, como ente jurídico, nada mais traduz que a conduta ilícita que, através da lei, recebeu forma jurídico-penal*”¹⁶.

Juridicamente, o crime pode ser definido de diversas maneiras, dependendo do método utilizado e do objetivo pretendido com a conceituação.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, as definições de um conceito de fato punível, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada, podem ter, respectivamente, natureza real (explicaria a gênese do fato punível, importante para delimitar o objeto de estudo da criminologia); material (indicaria a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capaz de orientar a formulação de políticas criminais); formal (revelaria a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena); ou operacional (identificaria os elementos constitutivos do fato punível, necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas)¹⁷.

René Ariel Dotti propõe os seguintes conceitos de crime, correspondentes às linhas essenciais de várias tendências penais e criminológicas: (i) conceito analítico ou dogmático (o crime é a ação ou omissão típica, ilícita e culpável); (ii) conceito formal (o crime é um fato humano contrário à lei penal); (iii) conceito jurídico-legal (o crime é o fato definido como tal pela lei); (iv) conceito material (o crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo

¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, t. 1º, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 285.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 21.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 01 e 02.

social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena); (v) conceito natural (o crime é a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais da piedade e de probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade); (vi) conceito radical (o crime é toda a violação individual ou coletiva dos direitos humanos); e (vii) conceito sociológico (o crime é o comportamento socialmente desviado que produz um dano ou perigo de dano)¹⁸.

Em termos doutrinários, o crime é, classicamente, definido formal, material e analiticamente.

O conceito formal, correspondente a uma definição nominal, estritamente jurídica, sintética e formalista, considera o crime toda a ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena.

O conceito material, correspondente a uma definição real e ampla, buscando construir um conceito que contivesse a essência ontológica do crime (“do ser enquanto ser”) na sua realidade fenomênica, universalmente válida, independentemente do sistema jurídico positivo vigente, considera o crime toda a ação ou omissão que ofende ou ameaça um bem jurídico tutelado pela lei penal.

Os conceitos formal e material do crime, devido à sua amplitude (o conceito formal é prejudicialmente estrito e o conceito material é prejudicialmente amplo), apesar de sua importância, não servem de base a uma análise dialética e didática do crime.

Assim, o conceito analítico, buscando fixar uma definição precisa e juridicamente técnica do crime, indicando as suas características ou elementos constitutivos, considera o crime a ação ou a omissão típica, antijurídica e culpável.

Então, conforme ensina Heleno Cláudio Fragoso, ao discorrer sobre o conceito analítico do crime:

“O conceito de crime estabelece-se através de um processo de abstração científica, a partir do direito penal vigente. Através dele determinam-se as características gerais de toda a conduta delituosa descrita nas leis penais e por isso mesmo constitui ele a noção básica e fundamental do direito punitivo. Crime é a ação (ou omissão) típica,

¹⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 299 e 300.

antijurídica e culpável. Isso significa dizer que não há crime sem que o fato constitua ação ou omissão: sem que tal ação ou omissão correspondam à descrição legal (tipo) e sejam contrárias ao direito, por não ocorrer causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável (culpável)”¹⁹.

Atualmente, a doutrina, majoritariamente, conceitua o crime como uma ação ou omissão típica, antijurídica ou ilícita, e culpável, ou seja, baseia-se na definição analítica.

O crime, então, é composto das quatro características ou elementos enumerados no parágrafo anterior, que foram recepcionadas e previstas pelo atual Código Penal.

Alguns autores consideram a ação/omissão, o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade elementos do crime, enquanto outros autores os consideram características ou requisitos, pois, como o crime é um todo unitário, insuscetível de fragmentação, não pode ser (de)composto de elementos, sendo esse termo inadequado, utilizando-se as expressões características ou requisitos.

Parte da doutrina moderna considera que o crime é composto de três elementos, ou seja, o crime seria a ação típica e antijurídica, sendo que a culpabilidade se enquadraria como um pressuposto da pena ou uma condição de imposição da pena.

Além disso, alguns autores incluem a punibilidade no conceito analítico do crime, como uma característica ou requisito do fato punível, entretanto, a doutrina dominante considera a punibilidade (condição objetiva de punibilidade) um pressuposto da pena ou um efeito causal condicionante da imposição de sanção criminal, não constituindo um elemento do crime.

Doutrinariamente, também não é pacífico o entendimento que a tipicidade e a antijuridicidade são categorias estruturais distintas do crime²⁰.

Segundo o sistema bipartido de fato punível, a tipicidade e antijuridicidade são elementos integrantes do tipo de injusto, não constituindo categorias estruturais

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral, 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 141 e 142.

²⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 118 a 122; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 03 a 09.

distintas, ou seja, o tipo legal (descrição da lesão de bens jurídicos) e a antijuridicidade (juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal) formam o conceito de tipo de injusto, sendo que o crime seria composto de duas categorias principais: o tipo de injusto (constituído pelo tipo legal, como fundamento positivo, e pela ausência de justificação, como fundamento negativo) e a culpabilidade.

Já o sistema tripartido de fato punível, apesar de admitir o tipo de injusto como uma categoria elementar do fato punível, afirma a autonomia da tipicidade e da antijuridicidade, pois a validade do conceito de tipo de injusto, como unidade superior compreensiva do tipo legal e da antijuridicidade, não permite nivelar diferenças entre comportamentos justificados e comportamentos atípicos, sendo o crime uma ação típica, antijurídica e culpável.

O sistema tripartido de fato punível é composto de três modelos: o modelo clássico de fato punível considera a ação como um movimento corporal causador de um resultado no mundo exterior; a tipicidade como a descrição objetiva do acontecimento; a antijuridicidade como a valoração de um acontecimento contrário às proibições e permissões do ordenamento jurídico; e a culpabilidade como um conceito psicológico, sob as formas de dolo e imprudência, concentrando todos os elementos subjetivos do fato punível.

O modelo neoclássico de fato punível deixa de considerar a ação naturalista para assumir um significado valorativo, redefinindo-a como comportamento humano voluntário; a tipicidade perde a natureza descritiva e livre de valor para admitir elementos normativos e subjetivos; a antijuridicidade troca o significado formal de infração da norma jurídica pelo significado material de danosidade social, admitindo graduação do injusto conforme a gravidade do interesse lesionado; e a culpabilidade psicológica assume, também, um significado normativo, com a reprovação do autor pela formação de vontade contrária ao dever.

O modelo finalista de fato punível considera ação o conceito central do fato punível, sendo que ação humana é exercício de atividade final, podendo o homem, dentro de certos limites, por causa de seu saber causal, controlar os acontecimentos e dirigir a ação para o fim proposto, consistindo a ação final na proposição do fim, na

escolha dos meios necessários e na realização da ação no mundo real, separando-se o dolo, como vontade de realização do fato, da consciência da antijuridicidade, que fundamenta a reprovação do autor, introduzindo-se o dolo e os demais elementos subjetivos no tipo, subjetivando-se a antijuridicidade, constituída pelo desvalor de ação e pelo desvalor de resultado, normativizando-se a culpabilidade como reprovação de um sujeito com consciência da antijuridicidade e em situação de exigibilidade de comportamento diverso.

Atualmente, procurando superar-se a discussão entre as teorias causais e finalistas do delito, surgiram teorias ecléticas, dentre as quais, por exemplo, o funcionalismo limitado, o pós-finalismo e a sistemática funcional-sistêmica²¹.

Ainda, alguns autores defendem a inclusão, entre a antijuridicidade e a culpabilidade, de um novo elemento autônomo do crime, a “*atribuibilidad*”, ou seja, a possibilidade de atribuição, a qual englobaria os aspectos de um juízo de reprovação do fato abstratamente, ou seja, um juízo de reprovação do fato segundo o Direito (a exigência de reprovação segundo um termo médio), sendo que a culpabilidade seria restrita ao juízo de reprovação do fato concreto pelo indivíduo²².

O objeto jurídico do crime é o bem ou o interesse, individual ou coletivo (genérico ou específico), juridicamente tutelado e ofendido pela conduta ilícita (objeto jurídico material), e o direito subjetivo estatal à obediência e observância do Direito Penal, também ofendido pela conduta ilícita (objeto jurídico formal).

O objeto material do crime é o homem ou a coisa sobre quem ou que recai a ação criminosa.

O sujeito ativo do crime é a pessoa, com capacidade penal, que pratica a ação delituosa, e o sujeito passivo é o titular do bem jurídico ofendido pela conduta ilícita (sujeito passivo eventual ou material) e o Estado, titular do mandamento proibitivo ofendido pela conduta ilícita (sujeito constante ou formal).

A capacidade penal, ou seja, o conjunto das condições exigidas para que um

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 402 a 406.

²² CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*, 4ª ed.. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 144 e 145; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 614.

sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo do Direito Penal, distingue-se da imputabilidade penal, pois, enquanto a capacidade penal se verifica, inclusive, anteriormente e posteriormente ao delito, a imputabilidade penal deve ser contemporânea ao delito (os requisitos de imputabilidade devem estar presentes no momento da prática do crime).

O sujeito ativo do crime somente pode ser um homem (pessoa natural), entretanto, na antiguidade e na idade média, ocorreram muitos processos criminais contra animais ou coisas.

A pessoa jurídica (empresa), segundo a doutrina majoritária, não pode ser sujeito ativo do crime, pois, trata-se de uma ficção jurídica (segundo a teoria da ficção legal, à qual se opõem as teorias da realidade ou organicistas – objetiva, técnico-jurídica e institucionalista – que consideram a pessoa jurídica um ser real), entretanto, a doutrina penal moderna, principalmente em relação ao Direito Penal Econômico e Ambiental, inclina-se pela responsabilização penal das pessoas jurídicas, sendo que a Lei 9.605/98, em seu artigo 3º, prevê que as pessoas jurídicas são penalmente responsáveis por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, determinando, em seu artigo 21, a aplicação, às pessoas jurídicas, de sanções pecuniárias, restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade.

E o sujeito passivo do crime não é, necessariamente, a pessoa prejudicada pela ação delituosa, pois, enquanto o sujeito passivo é o titular do bem ou interesse jurídico violado, o prejudicado é qualquer pessoa a quem o crime haja causado um prejuízo.

2.2. Características ou elementos do crime

O crime, analiticamente, é composto de quatro caracteres (conduta típica, antijurídica e culpável), os quais irão determinar, analisando o caso concreto, a existência de um crime.

Portanto, o delito sempre será uma conduta humana, comissiva ou omissiva, entretanto, essa conduta concreta deverá adequar-se à conduta abstratamente prevista e proibida pelo Estado e valorada como um ilícito penal (descrita na lei penal), ou seja,

deverá ser típica, objetiva e subjetivamente.

Porém, a tipicidade da conduta não é suficiente para qualificá-la como crime, pois, nem toda conduta típica é um delito, devendo ser também antijurídica, ou seja, a conduta deverá ser contrária à ordem jurídica, não existindo uma permissão para a realização da conduta típica (uma causa de justificação, prevista pela lei penal, que exclua o caráter delitivo da conduta típica).

Entretanto, uma conduta, apesar de típica e antijurídica (injusto penal), pode não configurar um crime, devendo ser culpável, ou seja, o autor deve ter ciência da reprovabilidade de sua conduta e possibilidade de atuar de outra maneira.

Portanto, a conduta é uma ação ou omissão humana dirigida a um fim; a tipicidade é a adequação, objetiva e subjetivamente, dessa conduta a uma norma legal; a antijuridicidade (ilicitude) é a qualidade de um comportamento não autorizado pelo Direito; e a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta do sujeito que tem ou pode ter a consciência da ilicitude e de atuar segundo as normas jurídico-penais.

Assim, analisando-se o fato concreto, deve-se constatar, progressivamente, a existência de uma ação ou omissão humana, a tipicidade dessa conduta humana, a sua antijuridicidade e a sua culpabilidade, sendo que, se um dos elementos não estiver presente, não existirá um crime.

a) Ação ou omissão

As expressões “ação”, “conduta”, “ato” ou “fato” não são empregadas, doutrinariamente, de uma maneira única, sendo utilizadas, por alguns autores, como sinônimos, e, por outros autores, como termos, específicos ou genéricos, distintos (os fatos, naturais ou humanos, englobariam a conduta, que seria um fato do homem voluntário; a ação seria um ato positivo e a omissão um ato negativo; e os atos seriam movimentos corpóreos, constituindo a ação, que ganham unidade por serem uma só manifestação de vontade).

Além disso, segundo alguns autores, a ação e a omissão, juntamente com a

tipicidade, constituiriam o fato típico, que seria a reunião da conduta, do resultado, da relação de causalidade e da tipicidade (a ação ou omissão, então, não seria um elemento autônomo).

Também é possível apontar na doutrina, uma corrente crítica à teoria da ação, a qual sustenta que é possível iniciar o tratamento do crime a partir do tipo, superando o conceito de que o crime é ação, para fundamentá-lo no bem jurídico, pois é o bem jurídico que permite determinar se a ação é relevante para o Direito Penal e se configura um determinado tipo penal.

A norma jurídico-penal pretende regular condutas humanas, sendo, portanto, o ponto de partida de toda a reação jurídico-penal e o objeto ao qual se agregam determinados predicados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que convertem essa conduta em delito (direito penal do fato e não do autor).

A ação (conduta positiva ou comissiva) é a atividade humana conscientemente dirigida a um fim, enquanto que a omissão (conduta negativa ou omissiva) é a abstenção de atividade humana juridicamente exigida, que o agente podia ou devia realizar.

A ação é formada por um comportamento externo, objetivamente identificável, e por um componente psicológico, subjetivamente identificável, ou seja, a vontade dirigida a um determinado fim.

A ação compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários (etapa ou elementos subjetivos – projeto de realização), e o movimento corporal dirigido ao fim proposto (etapa ou elementos objetivos – realização do projeto).

Não existirá ação se o agente atua sem consciência ou sem vontade (sem vontade final ou manifestação de vontade), como, por exemplo, na coação física absoluta ou irresistível (força física irresistível), nos estados de inconsciência e nos atos reflexos (involuntariedade).

Porém, nas ações em curto-circuito, nos movimentos habituais ou mecânicos, nos estados de demência e na coação moral existe vontade válida e, conseqüentemente,

ação.

A omissão é formada pelo dever de agir e pelo poder de agir para evitar determinado resultado, ou seja, a obrigação do agente agir, abstratamente, em determinada situação e a possibilidade do agente agir, conforme o seu dever, concretamente, em determinada situação.

O dever de agir ocorre quando o agente tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; quando assumiu, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado; e quando, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado²³.

Entretanto, é indispensável para a responsabilização do agente pela omissão o conhecimento de seu dever de agir; a consciência de seu poder de fato para realizar a ação omitida (dolo da omissão); e a real possibilidade física de levar a efeito a ação determinada ou esperada (omitida).

Doutrinariamente, existem teorias diversas sobre o conceito de ação e omissão: segundo a teoria sintomática, formulada pelos adeptos da escola positivista, o crime não é apenas uma entidade objetiva, possuindo um valor sintomático, ou seja, a ação, como expressão da conduta do delinquente, é um sintoma de desrespeito ao Direito Penal, revelando a personalidade perigosa do seu autor.

A teoria causal-naturalística sustenta que é ação todo comportamento humano voluntário que modifica o mundo exterior, possuindo, como componentes, um processo interno de vontade; a atuação dessa vontade no mundo exterior por meio de um fazer ou não fazer do agente; e o resultado dessa atuação. Segundo a teoria causal, a ação é um mero processo causal que desencadeia a vontade no mundo exterior, ou seja, uma mera causa de um evento ou uma mera produção de um resultado, não importando o conteúdo da vontade do agente ao praticar a ação (os fins visados pelo agente e a sua consciência), o qual é deslocado para a culpabilidade (o dolo ou a culpa do agente).

A teoria normativa, decorrente da teoria causal, procurando sanar as falhas desta teoria em relação aos crimes omissivos, consigna que a omissão é puramente

²³ Conforme o art. 13, § 2º, do Código Penal.

normativa, ou seja, a omissão é composta da vontade e da exteriorização da vontade, como na ação causal, porém, ao contrário da teoria causal, não é composta de um resultado natural, mas de uma relevância jurídica ou natural. Assim, como na teoria causal, a teoria normativa sustenta que não existe crime sem resultado, entretanto, não necessariamente uma modificação no mundo exterior (resultado natural), pois, o resultado é uma consequência da relevância jurídica ou social da ação, sendo que a relevância sempre resulta na configuração do tipo, enquanto que o resultado natural, quando existe, é apenas um elemento integrante do tipo, exigido somente em alguns crimes.

A teoria social-valorativa prega que a ação é a manifestação externa da vontade com relevância social – um comportamento humano socialmente relevante, reunindo dados característicos das concepções causal e finalista. Segundo a teoria social, o importante é a significação social da conduta humana, segundo um juízo de valor da sociedade.

E segundo a teoria finalista (teoria cibernética da ação), toda ação ou omissão (conduta) é um acontecimento final, ou seja, toda a ação humana é um exercício da atividade finalista. A ação é composta de uma vontade final e de sua manifestação. O homem, devido ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, escolhendo os meios necessários e dirigindo a ação, segundo um plano endereçado à realização de um objetivo previamente determinado.

b) Tipicidade

O tipo é a descrição legal do comportamento proibido (descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe), compreendendo as características objetivas e subjetivas do fato punível (conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal), ou seja, a imagem reguladora ou o modelo legal abstrato do comportamento proibido ao qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime.

A tipicidade (juízo de tipicidade) é a adequação ou subsunção do fato humano

(aberto) ao tipo (fechado), ou seja, às características objetivas e subjetivas do modelo legal abstrato formulado pelo legislador (adequação típica imediata).

Segundo alguns autores, que incluem a antijuridicidade no tipo, o tipo é, formalmente, a descrição da conduta proibida, entretanto, materialmente, o tipo traduz a própria desvalorização jurídica da conduta (antijuridicidade), sendo que o crime seria uma ação típica e censurável (culpável).

O tipo exerce, principalmente, duas funções: uma função de garantia das liberdades individuais (princípio da reserva legal) e uma função de fundamentação limitativa ou indiciária da ilicitude do fato (circunscreve e delimita a conduta penalmente ilícita)²⁴, conferindo, portanto, estabilidade e segurança ao Direito Penal, delimitando aos indivíduos as permissões e proibições (licitudes e ilicitudes).

O tipo, composto por um núcleo verbal, possui elementos objetivos (descritivos ou modais), normativos e subjetivos.

O tipo objetivo é o conjunto dos caracteres objetivos do tipo, representando a exteriorização da vontade do agente em um fato concreto, composto por um verbo (ação ou omissão) e por elementos secundários (autor e objeto da ação, bem jurídico, resultado, nexos causal, circunstâncias de tempo, lugar, meio e modo de execução).

O resultado ou o evento é o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por uma relação de causalidade.

A ação, então, é a manifestação da vontade do agente no mundo exterior, enquanto que o resultado é, portanto, a consequência externa derivada da manifestação de vontade do agente.

Em uma concepção naturalística, o resultado é a transformação do mundo exterior, admitindo-se, assim, um crime sem resultado natural.

Em uma concepção jurídica, o resultado é uma ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico tutelado pela norma penal, não se admitindo, assim, um crime sem resultado jurídico.

²⁴ É possível enumerar diversas outras funções do tipo: fixação do *iter criminis*; resolução de conflito aparente de normas; função diferenciadora do erro; criação do mandamento proibitivo, etc.

A relação de causalidade ou o nexa causal é a imputação física do crime ao autor da ação produtora do resultado.

Nos crimes materiais, os quais dependem da superveniência de um resultado para a ocorrência da consumação, é indispensável estabelecer um nexa de causalidade entre a ação e o resultado.

Segundo o artigo 13 do Código Penal, *“o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”*, considerando-se como causa *“a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”*.

Doutrinariamente, existe uma controvérsia em relação à localização do resultado e do nexa de causalidade na teoria da ação ou na teoria do tipo. Segundo alguns autores, o resultado e o nexa de causalidade são integrantes do tipo, enquanto outros autores sustentam que o resultado e, conseqüentemente, a relação de causalidade, pertence à ação. Também existem autores que, apesar de considerarem o resultado integrante do tipo, entendem que a causalidade, como categoria geral, é um elemento da ação, e o nexa causal, concretamente, é integrante do tipo.

Também existem autores que não consideram o dano ou o perigo a um bem jurídico um resultado do crime, pois, o resultado somente seria o acontecimento tipicamente relevante causado pela ação, sendo que o dano ou o perigo seria uma valoração ou qualificação jurídica da ação ou do resultado.

Os crimes podem ser classificados como crimes de dano ou de perigo. Os crimes de dano são aqueles que necessitam, para ocorrer a consumação, da superveniência de uma lesão efetiva (destruição parcial ou total) do bem jurídico. Os crimes de perigo são aqueles que se consomem com a simples criação ou exposição do bem jurídico a um perigo (probabilidade de dano), o qual poderá ser concreto (efetiva e real probabilidade de dano) ou abstrato (presumível probabilidade de dano).

Outra possível classificação é a distinção entre crimes materiais, formais e de mera conduta. Os crimes materiais ou de resultado são aqueles que descrevem uma conduta cujo resultado integra o próprio tipo, ou seja, são aqueles que, para a sua consumação, é indispensável à produção de um dano efetivo. Os crimes formais são aqueles que, apesar de também descreverem um resultado, não é necessário verificar-

se um dano efetivo para ocorrer a consumação, bastando a simples ação do agente e a vontade de concretizar o crime. E os crimes de mera conduta são aqueles que não descrevem um resultado, mas somente um comportamento, bastando a simples ação do agente, sem resultado.

Existem várias teorias que procuram determinar quando uma ação é a causa de um resultado (teoria da totalidade das condições, teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, teoria da causalidade adequada, teoria da imputação objetiva do resultado, teoria da qualidade do efeito ou da causa eficiente, teoria da condição mais eficaz ou ativa, teoria do equilíbrio ou da preponderância, teoria da causa próxima ou última, teoria da causalidade jurídica, teoria da causa humana e teoria da tipicidade condicional).

É possível reunir essas teorias em dois grupos: as que não distinguem entre causa e condição e as que fazem a distinção.

A teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, adotada pelo artigo 13 do Código Penal, considera que a causa é a condição sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, todas as condições que concorrem para o resultado e sem as quais o resultado não teria ocorrido da maneira que ocorreu são causas, equivalentes, do resultado.

Na omissão, a doutrina sustenta que não existe uma causalidade física, pois, a conduta omissiva do agente não produz, fisicamente e naturalmente, o resultado, mas, uma causalidade jurídica, pois, segundo o ordenamento, o agente tinha o dever e, fisicamente, o poder de evitar o resultado, e, ao omitir-se, o evento ocorreu.

Além disso, existem limitações ao nexo de causalidade, como, por exemplo, a previsibilidade do resultado, as causas (concausas) absolutamente independentes e as causas relativamente independentes (parágrafo 1º do artigo 13 do Código Penal).

O tipo subjetivo é o conjunto dos caracteres subjetivos ou anímicos do tipo, e, nas ações dolosas, é composto de um elemento geral (dolo) e, por vezes, de elementos especiais ou acidentais (motivo, intenção, tendência).

O crime pode ser classificado, quanto à natureza do elemento volitivo caracterizador da infração penal, como doloso, culposos ou preterdoloso: no crime

doloso o agente quer o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; no crime culposos o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia; e no crime preterdoloso ou preterintencional o resultado total da ação é mais grave que o resultado pretendido, ocorrendo uma conjugação do dolo antecedente (resultado pretendido) e da culpa subsequente (excesso do resultado).

O dolo é a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo, ou seja, a vontade consciente de realizar uma conduta típica, compreendendo um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica ou consciência atual da realização dos elementos objetivos do tipo, que não se confunde com a consciência da ilicitude ou da antijuridicidade da ação, que integra a culpabilidade) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la ou vontade incondicionada de realização dos elementos objetivos do tipo).

O dolo, portanto, compreende, subjetivamente, uma vontade consciente de realizar o tipo e, objetivamente, uma vontade capaz de realizar o tipo de um crime.

O dolo será direto quando o agente se propõe à realização da conduta típica (o dolo se confunde com a intenção) e será eventual quando o agente, apesar de não querer diretamente a realização da conduta típica, assume o risco de produzir o resultado.

Existem teorias doutrinárias diversas que procuram explicar o dolo: segundo a teoria da vontade, o dolo é a vontade dirigida ao resultado; segundo a teoria da representação, o dolo é a previsão do resultado como certo ou provável; segundo a teoria do consentimento (volição), o dolo exige que o autor consinta em causar o resultado; segundo a teoria do sentimento, o dolo eventual e a culpa consciente diferenciam-se pelo grau de indiferença do autor frente a um bem jurídico ou frente à violação de um direito; e segundo a teoria da probabilidade (cognição), para existir o dolo, o autor deve entender o fato como provável e não somente como possível.

Nas ações culposas, ao contrário das ações dolosas (na qual é punida a conduta dirigida a um fim ilícito), é punida a conduta – comissiva ou omissiva – mal dirigida, normalmente destinada a um fim penalmente irrelevante, quase sempre lícita.

As sociedades modernas se caracterizam pela produção generalizada de ações –

real ou potencialmente – perigosas, as quais, se fossem pura e simplesmente permitidas, determinariam uma indiscriminada lesão de bens jurídicos, e, se fossem genericamente proibidas, inviabilizariam a vida social, com a paralisação da produção e da circulação social.

A necessidade da realização dessas ações e o perigo de lesão de um bem jurídico resultam em um dever de cuidado do agente ao praticar ações perigosas e a proibição de resultados lesivos por imprudência, negligência ou imperícia.

A culpa, portanto, é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada em uma conduta produtora de um resultado não querido, objetivamente previsível.

O núcleo do tipo nos delitos culposos, assim, consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado, ou seja, na lesão do dever de cuidado objetivo exigido em ações socialmente perigosas.

São modalidades da culpa: a imprudência (conduta comissiva arriscada ou perigosa, caracterizada pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação); a negligência (displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz); e a imperícia (falta de capacidade, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício).

E são espécies da culpa: a culpa consciente (o resultado é previsível e o agente, convicto que o resultado não acontecerá, embora o prevendo, pratica a ação); a culpa inconsciente (ação sem previsão do resultado previsível); e a culpa imprópria (erro culposos sobre a legitimidade da ação realizada).

A estrutura dos crimes culposos, então, é composta, genericamente, de dois elementos fundamentais: a ação (lesão do cuidado objetivo exigido) e o resultado de dano (lesão do bem jurídico).

Em uma análise detalhada, o crime culposos é composto dos seguintes elementos: inobservância do cuidado objetivamente devido; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; e conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado.

Assim, segundo alguns autores, o tipo objetivo do crime culposo é a infração ao dever objetivo de cuidado resultando em uma lesão a um bem jurídico, enquanto que o tipo subjetivo é a previsibilidade objetiva do resultado.

Entretanto, outros autores sustentam que o crime culposo não comporta um tipo subjetivo, devido à natureza normativa da culpa.

Ocorrerá ausência de tipicidade (atipia) quando a conduta não se enquadrar no molde legal (tipo objetivo e subjetivo), ocasionando, conseqüentemente, a inexistência de crime, ocorrendo ausência do tipo objetivo nos casos de crime putativo e de crime impossível (tentativa inidônea) e ausência do tipo subjetivo nos casos de erro de tipo (falsa representação da realidade sobre os elementos da conduta típica).

c) Antijuridicidade ou ilicitude

Alguns autores utilizam a expressão “antijuridicidade” para definir o próprio injusto, que é a ação típica qualificada de antijurídica, entretanto, outros autores sustentam que a antijuridicidade é apenas um predicado do injusto, ou seja, é uma qualificação ou valoração da ação típica, enquanto que o injusto é a própria ação típica e antijurídica.

Também existe, doutrinariamente, a distinção entre antinormatividade (contradição específica da norma) e antijuridicidade (contradição genérica do ordenamento jurídico).

Parte da doutrina, ainda, utiliza o termo “ilicitude”, pois, seria um equívoco chamar de “antijurídico” uma criação do Direito, ou seja, o delito.

O conceito de antijuridicidade é oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito.

A ilicitude é a contradição entre a realização do tipo de uma norma proibitiva e o ordenamento jurídico como um todo.

O sistema punitivo do Estado destina-se à tutela jurídica de bens e valores da vida social. Essa tutela jurídica se realiza através da proibição de determinadas

condutas e da imposição de outras, que a lei descreve nos diversos tipos de delito.

A realização da conduta típica revela, em regra, a ilicitude, pois o tipo é, substancialmente, um ilícito.

Entretanto, o ordenamento jurídico não contém apenas proibições, mas, por igual, normas que permitem ou autorizam certas condutas, em regra proibidas.

Assim, não basta a realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade: é necessário examinar se a ação ou a omissão não está coberta por uma norma permissiva, que exclui a antijuridicidade.

Portanto, toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas, ou seja, as causas de justificação excluem a antijuridicidade.

Segundo alguns autores, a antijuridicidade seria um juízo de contrariedade objetivo da conduta (fato), enquanto que a culpabilidade seria um juízo de contrariedade subjetivo (autor), sendo, portanto, a antijuridicidade e a culpabilidade elementos autônomos do crime.

Entretanto, outros autores sustentam que, mesmo sendo a ilicitude um juízo objetivo da conduta, o objeto da valoração de antijuridicidade será o tipo objetivo e o tipo subjetivo do ilícito.

A antijuridicidade é composta por dois aspectos: a antijuridicidade formal, ou seja, a contradição entre o comportamento do agente e a normas penais; e a antijuridicidade material, ou seja, a lesão ou perigo ao bem jurídico – danosidade social (essência substancial da ilicitude).

A antijuridicidade formal significa, então, a realização da conduta típica, enquanto que a antijuridicidade material significa que a conduta típica realizada não está amparada por uma causa de justificação, sendo, assim, lesiva a bem jurídico.

Porém, não é pacífico o entendimento que o conteúdo da antijuridicidade distingue-se em formal e material, pois, segundo alguns autores, a distinção é desnecessária, uma vez que um comportamento contrário à ordem jurídica (ilicitude formal) não pode deixar de lesar ou expor a perigo bens jurídicos (ilicitude material).

A ilicitude, entretanto, não se esgota na desaprovação do resultado (desvalor de resultado), pois, a antijuridicidade do fato, além do resultado, engloba também a forma

de produção desse resultado (desvalor de ação).

Portanto, enquanto que na ofensa ao bem jurídico reside o desvalor de resultado, na forma ou modalidade de concretizar o resultado reside o desvalor de ação.

Porém, não é pacífico o entendimento sobre o grau de importância do desvalor de resultado e do desvalor de ação na antijuridicidade (qual desvalor é preponderante em relação ao outro).

A antijuridicidade, além disso, é um conceito universal, válido para todos os ramos do ordenamento jurídico, não existindo distinção entre a ilicitude penal ou civil, pois, o Direito Penal não cria a antijuridicidade, mas, seleciona, dentre os comportamentos antijurídicos, os mais graves, cominando-os com uma pena (o que difere a antijuridicidade nos diversos setores do Direito é a consequência jurídica).

Entretanto, esse entendimento doutrinário não é pacífico, pois, segundo alguns autores, a ilicitude penal não se confunde com a ilicitude extrapenal.

As causas de justificativa que excluem a ilicitude da conduta típica são o estado de necessidade; a legítima defesa; o estrito cumprimento do dever legal; o exercício regular de direito (expressas na lei penal); e o consentimento do ofendido (não expressa na lei penal ou supralegal).

As causas de justificativa, entretanto, não se limitam ao aspecto objetivo do permissivo legal (pressupostos objetivos), mas, também, é necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio (aspecto subjetivo).

Entretanto, não é pacífico o entendimento que as causas de justificativa abrangem aspectos objetivos e subjetivos, pois, segundo alguns autores, a antijuridicidade é puramente objetiva, sendo indiferente a relação anímica entre o agente e o fato justificado.

Além disso, o agente, em qualquer causa de justificativa, que se exceder, dolosamente ou culposamente, nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso.

d) Culpabilidade

Doutrinariamente e historicamente, existem concepções ou teorias diversas sobre a culpabilidade. A evolução do conceito de culpabilidade é a história das transformações do elemento especial da culpabilidade: a consciência e vontade do fato, estágio inicial do conceito, amplia-se para consciência e vontade do fato e do valor do fato e, depois, se reduz para consciência e vontade do valor do fato, redefinida como consciência da antijuridicidade (real ou possível).

Assim, é possível delimitar as concepções ou teorias psicológica; psicológica-normativa; e normativa-pura da culpabilidade.

Segundo a teoria psicológica, culpabilidade é a relação subjetiva ou psíquica entre o autor e o fato, possuindo como elementos a imputabilidade e o dolo ou culpa (espécies ou modalidades de culpabilidade).

A teoria psicológica-normativa considera a culpabilidade o vínculo psicológico entre o autor e o fato e a reprovabilidade do fato por ausência de causas de inexigibilidade de outra conduta, compreendendo, como elementos, a imputabilidade, o dolo ou culpa (formas de culpabilidade) e a exigibilidade de conduta diversa, sendo que o dolo engloba a consciência da ilicitude (que é um elemento normativo – *dolus malus*).

E segundo a teoria normativa-pura, a culpabilidade é o juízo de censura pela realização do injusto típico, quando o autor podia ter atuado de outro modo, possuindo, como elementos, a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A teoria normativa-pura decorre do finalismo, que entende a culpabilidade como puro juízo axiológico, sem elementos de ordem psicológica.

A culpabilidade é um juízo de censura ou de reprovação pessoal da conduta ilícita, que recai sobre a pessoa do agente, que podia ter agido conforme a norma e não o fez, constituindo o fundamento e o limite da sanção penal.

Assim, a culpabilidade é reprovabilidade sob dois pontos de vista: como juízo sobre o sujeito e como estado do sujeito, ou seja, o conteúdo do juízo de reprovação

(estado do sujeito) e a valoração do estado de reprovabilidade (juízo de reprovação), correlacionados como realidade e representação da realidade.

O juízo de reprovação tem por objeto a realização antijurídica do tipo, e por fundamento o poder atribuído ao sujeito de agir conforme o direito. O objeto do juízo de reprovação é uma realidade descritível: a realização antijurídica do tipo; o fundamento do juízo de reprovação é um pressuposto indemonstrável: a liberdade de agir de outro modo ou o poder de agir conforme o direito.

A liberdade implícita no poder de agir conforme o direito é admitida em condições de normalidade da vontade; ao contrário, é excluída em condições de anormalidade da vontade, por defeitos da capacidade de vontade ou da formação da vontade.

Entretanto, enquanto que a antijuridicidade é resultado de um juízo objetivo, tendo-se em vista as exigências gerais do ordenamento jurídico, a culpabilidade constitui reprovabilidade pessoal, ou seja, a reprovação da culpabilidade pressupõe que o agente podia formar de modo mais correto, em consonância com a norma, sua resolução da ação antijurídica, não no sentido abstrato referente a qualquer homem em lugar do agente, mas sim no sentido absolutamente concreto de que este homem, nesta situação, teria podido formar, de conformidade com a norma, sua resolução volitiva.

O caráter específico de reprovação na culpabilidade reside em não dever ser lícita por poder ser ilícita, tratando-se de uma culpabilidade do fato, que repousa sobre a conduta do agente (direito penal do fato), e não uma culpabilidade do caráter do autor, pela conduta de vida ou pela decisão de vida (direito penal do autor).

A culpabilidade possui como elementos a imputabilidade; a consciência da ilicitude; e a exigibilidade conduta diversa.

A imputabilidade é a capacidade de culpa ou culpabilidade, constituindo, a rigor, pressuposto, e não elemento da culpabilidade²⁵.

A imputabilidade é a capacidade de entender e de querer (entendimento da antijuridicidade de seu comportamento e de autogoverno), ou seja, o conjunto das

²⁵ Não é pacífico o entendimento que a imputabilidade é um elemento ou um pressuposto da culpabilidade. Alguns autores a consideram um elemento integrador da culpabilidade, enquanto outros a consideram um mero pressuposto.

condições pessoais de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento, compreendendo dois aspectos: um aspecto cognoscitivo ou intelectual (capacidade de compreender a ilicitude do fato) e um aspecto volitivo ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão).

Já a responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável.

Existem três sistemas doutrinários definidores dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída: o sistema biológico ou etiológico, que condiciona a responsabilidade à saúde mental do agente, ou seja, a existência de doença mental, enquanto patologia clínica; o sistema psicológico ou psiquiátrico, que não indaga a existência de uma perturbação mental mórbida, mas apenas as condições psicológicas do agente (faculdade de apreciar a criminalidade do fato – momento intelectual – e de determinar-se de acordo com essa apreciação – momento volitivo) no momento da prática do crime; e o sistema biopsicológico ou misto, resultado da união dos sistemas anteriores, que exige a presença de anomalias mentais ou enfermidade mental, resultando na incapacidade de entendimento ético-jurídico e autodeterminação.

A inimputabilidade (incapacidade de culpabilidade), ou seja, a falta de sanidade mental ou a falta de maturidade mental (inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento), e, conseqüentemente, a não responsabilização penal do agente, ocorre com a menoridade (os menores de 18 anos – critério biológico ou etário – são, por presunção legal, absolutamente inimputáveis); com a doença mental; com o desenvolvimento mental incompleto ou retardado; e com a embriaguez completa por caso fortuito ou força maior (patológica).

A imputabilidade diminuída (redução da capacidade de culpabilidade) ocorre quando o agente é semi-imputável, ou seja, o agente, devido à capacidade reduzida, não é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não excluindo a responsabilidade penal do agente, mas resultando na diminuição da pena ou na sua substituição por medida de segurança

(sistema vicariante²⁶), como, por exemplo, a emoção e paixão, e a embriaguez.

Porém, segundo a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa ou em sua causa), o agente, mesmo que, no momento do crime, não tinha capacidade de compreender o caráter ilícito da ação e de se determinar segundo esse entendimento, mas, dolosa ou culposamente, colocou-se naquela situação de inconsciência ou incapacidade de autocontrole, é responsável pelo resultado punível de sua ação, pois, no momento anterior à ação, dolosamente se pôs naquela situação para praticar a ação e causar o resultado ou assumiu o risco de, naquela situação, praticar a ação e causar o resultado.

A consciência da ilicitude é a possibilidade de o agente poder conhecer o caráter ilícito de sua ação, ou seja, é a consciência que agente deve ter de que atua contrariamente ao direito (possibilidade de conhecimento da ilicitude).

Essa consciência, ao menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação, ou seja, à culpabilidade.

A reprovabilidade não depende apenas de ter o agente capacidade genérica de entendimento do caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme esse entendimento. É indispensável que, no caso concreto de que se trata, tenha ele reconhecido, ou, pelo menos, tenha podido reconhecer, a ilicitude de seu comportamento.

O valor do fato, com significado social real, é matéria do conceito de antijuridicidade, mas a consciência do valor do fato, como conhecimento do significado social de desvalor da ação típica não justificada, é matéria do juízo de culpabilidade.

Normalmente, quem realiza uma ação punível tem consciência de que age ilicitamente, pois as ações delituosas correspondem, em regra, a fatos intensamente reprovados pela consciência da comunidade ou da generalidade das pessoas.

A consciência da antijuridicidade pode ser real ou potencial. A consciência real constituiu conhecimento do desvalor social concreto da ação. A consciência potencial do desvalor indica possibilidade não realizada no psiquismo do sujeito, por falta de

²⁶ No sistema vicariante é aplicada a pena diminuída ou a medida de segurança, enquanto que no sistema duplo binário é aplicada a pena diminuída e, depois desta, a medida de segurança.

atenção, reflexão, informação, etc.

Na consciência real da ilicitude, o agente põe-se deliberadamente em conflito com as exigências do ordenamento jurídico; na consciência potencial da antijuridicidade, o agente revela, frente as exigências do ordenamento jurídico, reprovável indiferença.

Para que se afirme a existência da culpabilidade, basta o conhecimento potencial da ilicitude, ou seja, basta que seja possível ao agente, nas circunstâncias que atuou, conhecer que agia ilicitamente.

A consciência da ilicitude, como elemento da reprovabilidade, não é algo que ao agente seja reprovado, mas a razão pela qual ao agente se reprova a conduta antijurídica, ou seja, reprova-se ao agente a sua conduta porque podia conhecer a sua ilicitude e porque podia omiti-la (basta que o autor tenha base suficiente para saber que o fato praticado está juridicamente proibido e que é contrário às normas mais elementares que regem a convivência social).

Entretanto, a ausência de conhecimento possível da antijuridicidade indica a existência de erro de valoração: a representação do valor do fato não coincide com a realidade do valor do fato, por falsa representação da permissibilidade ou por falta de representação da proibição da ação típica (inadequação entre a representação do valor – consciência – e o valor representado – realidade).

O erro sobre a ilicitude (antijuridicidade) denomina-se erro de proibição, ou seja, quando o agente supõe, por erro, ser lícito o seu comportamento (o dolo do agente subsiste, pois o erro, nesse caso, não recai sobre o tipo, mas sobre a culpabilidade).

Em relação à exclusão do dolo pelo erro existem teorias distintas: as teorias do dolo (causal), segundo as quais a consciência (conhecimento) da ilicitude é elemento do dolo, este situado na culpabilidade, e o erro (de proibição e de tipo) exclui o dolo (teoria estrita ou extrema do dolo; teoria limitada do dolo; teoria modificada do dolo); e as teorias da culpabilidade (finalista), segundo as quais o dolo não engloba a consciência do injusto, esta integrante da culpabilidade (teoria estrita da culpabilidade; teoria limitada da culpabilidade).

As conseqüências do erro de proibição dependem de sua qualificação como inevitável ou evitável. O erro inevitável, ou seja, o erro desculpável, que não pode ser atribuído à negligência ou desatenção, pelo qual o agente não possa ser reprovado, exclui a reprovação de culpabilidade (e, conseqüentemente, o crime). O erro evitável, ou seja, o erro reprovável, que é reconhecível com esforço de consciência, reduz a reprovação de culpabilidade, possibilitando a redução da pena.

De um modo geral, o erro de proibição por ter por objeto a norma jurídica (existência, validade ou significado); o dever jurídico de agir (tipos omissivos) e de cuidado (tipos culposos); as justificações (situações justificantes, limites jurídicos e existência legal).

É possível indicar, por exemplo, como erros de proibição: o desconhecimento da lei; o erro sobre a ilicitude do fato (injusto); o erro sobre existência de causa de justificação; e o erro sobre situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

E, por último, para que ação do agente seja culpável (reprovável), é necessária a exigibilidade de conduta diversa (exigibilidade de comportamento conforme o direito), ou seja, é necessário que se possa exigir do agente um comportamento diverso do que teve.

Isto significa que o conteúdo da reprovabilidade repousa no fato de que o autor devia e podia adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não a resolução de vontade ilícita.

Não há reprovabilidade, portanto, se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso. Subsiste a ilicitude, mas exclui-se a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diverso.

A inexigibilidade refere-se à específica situação do agente, considerando-se as características de sua personalidade, pois a culpa é sempre reprovação pessoal.

Os casos de inexigibilidade de outra conduta previstos no Código Penal são: coação moral irresistível; obediência hierárquica ou devida; e estado de necessidade exculpante.

A doutrina dominante considera que a inexigibilidade de conduta diversa não

funciona como causa geral e supralegal de exclusão da culpabilidade, pois isto equivaleria ao abandono de todo critério objetivo para exclusão da reprovabilidade pessoal, aceitando-se, porém, a aplicação analógica das causas de inexigibilidade previstas na lei.

Porém, existem autores que aplicam a inexigibilidade de conduta diversa, genericamente, em hipóteses supraleais, como, por exemplo, na situação social anormal, na qual o crime constituiu resposta normal dos sujeitos expostos à condições sociais adversas persistentes (fome, doença, desemprego, insegurança, etc).

e) Punibilidade

O crime, portanto, conforme demonstrado, é ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.

Como regra geral, em consequência, pratica crime, e deve sofrer a consequência jurídica correspondente (sanção), quem transgride a norma que lhe impõe proibição ou mandado, atuando ou omitindo-se de forma antijurídica e culpável.

Com a constatação da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade pode-se dizer que existe um delito completo em todos os seus elementos.

Em alguns casos exige-se, contudo, para a punição de um fato tido como delituoso, a presença de alguns elementos adicionais, que não podem ser incluídos nem na tipicidade, nem na antijuridicidade, nem na culpabilidade, porque não correspondem à função dogmática e político-criminal destas categorias, os quais, porém, segundo o entendimento doutrinário majoritário, não constituem um elemento ou um requisito do crime.

Portanto, há casos em que a punibilidade depende de condições objetivas exteriores à conduta (condições objetivas de punibilidade) e casos em que ela se exclui tendo em vista condições pessoais do agente ou seu comportamento posterior (escusas absolutórias), ou seja, elementos ou circunstâncias exteriores ao fato que, por motivos de política criminal, condicionam a sua punibilidade.

3 – CONCEITO E ELEMENTOS DA TENTATIVA

3.1. Momentos de realização do crime

O crime, ao ser realizado, desenvolve um roteiro ou caminho doutrinariamente denominado de “*iter criminis*”. A prática criminal pressupõe um processo de desenvolvimento e de conhecimento, iniciando-se no foro interno (cogitação, ou seja, o processo de ideação e resolução), e exteriorizando-se (atos preparatórios e executórios), finalizando-se com a consumação, alcançando-se o resultado (o evento que corresponde à conduta atípica), realizando-se em todos os seus termos a figura delituosa.

Do exame de cada uma das etapas respectivas, a partir da cogitação ou deliberação do atuar criminoso, são extraídas importantes conclusões que permitem o reconhecimento parcial ou total da figura criminosa ou a sua inocorrência.

Não se pretende, porém, que em todos os casos a conduta delituosa compreenda as diversas etapas do “*iter criminis*”. Pode o crime resultar de súbita deliberação e consumir-se com a própria ação ou omissão, como é o caso dos crimes formais.

No delito culposo não se caracteriza o “*iter criminis*”, posto que em tal hipótese não existe a vontade de realizar o fato típico e nem de assumir o risco de sua verificação.

Como em todo ato humano voluntário, no crime a idéia precede ação. É no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação e resolução criminosa. São os atos internos, durante os quais, no espírito do agente, surge a idéia do fato punível, toma forma, debate-se no meio de motivos favoráveis e contrários, desenvolve-se até a deliberação e propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja realização objetiva vai constituir o crime.

Nesse momento puramente mental da evolução do fato criminoso, a lei penal não pode alcançá-lo. O Direito Penal fundado na existência de um fato típico, ilícito e culpável rejeita a incriminação da vontade.

A cogitação é caracterizada pela retrabilidade, ou seja, o agente, a qualquer

momento, pode desistir da sua idéia, sem que tenha cometido qualquer conduta criminosa.

Dessa fase inteiramente subjetiva parte o movimento criminoso para os atos externos. O delinqüente passa do pensamento à ação objetiva.

Os atos preparatórios constituem atividades materiais ou morais de organização prévia dos meios ou instrumentos para o cometimento do crime. A preparação efetua-se pela escolha do meio (instrumento), do local e da oportunidade para a concretização do fato criminoso. O agente arma-se dos instrumentos necessários à prática do crime, procura o local ou a hora mais favorável, ordena e encaminha, em suma, os fatos no sentido de preparar o momento em que há de desferir o golpe.

Os atos preparatórios escapam, em regra, à aplicação da lei penal, salvo quando, por si mesmos, constituem figuras delituosas, além de ser, ainda, uma fase retratável, pois o agente pode desistir da execução do delito²⁷.

Dos atos preparatórios passa o crime à fase de execução²⁸. Com a execução o agente inicia o crime. Materialmente (critério material) constitui ato de execução aquele que inicia o ataque ao bem jurídico tutelado; formalmente (critério formal), tal ato distingue-se pelo início de realização da ação típica prevista na lei (ao contrário do ato preparatório, que é o que possibilita, mas não constitui, ainda, execução).

O início da execução do delito, portanto, é o início da realização do verbo contido no tipo (critério formal).

O problema da determinação do início da fase executiva há de resolver-se em relação a cada tipo de crime, tomando-se em consideração, principalmente, a expressão que a lei emprega para designar a ação típica.

O começo da agressão caracteriza-se pela inequivocidade e pela persistência dos propósitos. No começo da execução já existe um mínimo de agressão ao bem jurídico.

²⁷ Não é pacífico o entendimento que os atos preparatórios não são puníveis. Os subjetivistas e os positivistas pretendem a punibilidade dos atos preparatórios, pois, esses atos revelam a manifestação de um propósito delituoso.

²⁸ Também não é pacífico o entendimento doutrinário sobre o critério diferencial entre o ato preparatório e o ato executivo, existindo diversas teorias ou critérios (teoria negativista; teoria subjetiva pura; teoria objetiva formal, teoria objetiva material; teoria objetiva individual – teoria subjetiva limitada ou teoria objetivo-subjetiva).

Após o início da execução, é possível a existência de quatro hipóteses: a execução é interrompida (tentativa imperfeita ou inacabada); a execução é completa, o agente esgota-a, mas o crime não se consuma (tentativa perfeita – acabada – ou crime falho); a execução completa-se, porém a consumação não traz proveito total ao agente (crime consumado); e a execução completa-se, o tipo aperfeiçoa-se e o proveito do agente é total (crime exaurido).

A consumação é o momento em que o sujeito ativo realiza em todos os seus termos a figura delituosa, em que o bem jurídico penalmente protegido sofreu a efetiva lesão ou a ameaça que se exprime no núcleo do tipo, ou seja, o crime será consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.

O momento da consumação do crime, então, será o momento em que ocorre o resultado (dano ou perigo de dano).

O crime consuma-se com a violação da norma penal e do bem jurídico tutelado (consumação formal), porém, o crime será exaurido ou esgotado quando o agente, além do resultado que consuma o delito, vem a alcançar o fim que pretendia, conduzindo o delito a ulteriores conseqüências, que agravam o dano público e privado (consumação material).

Entretanto, quando iniciada a execução do crime, o mesmo não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, o delito será tentado (realização incompleta do tipo objetivo).

3.2. Tentativa

A tentativa, então, ocorre quando, iniciada a execução do crime, o delito não se consuma por circunstância alheias à vontade do agente.

Segundo Francesco Carrara, a tentativa é *“qualquer ato externo univocamente conducente, por sua natureza, a um evento criminoso, e a ele dirigido pelo agente com vontade explícita, porém não seguido desse resultado, nem da lesão de um direito*

maior ou equivalente ao que se queria violar”²⁹.

A tentativa, portanto, constituiu realização incompleta da conduta típica³⁰, ou seja, é o crime que entrou em consumação, mas no seu caminho para consumação é interrompido por circunstância accidental, representando um defeito de congruência, em que o tipo objetivo fica incompleto e o subjetivo completo.

A tentativa é composta dos seguintes elementos: o início de execução de ação que constituiu crime, ou seja, a conduta que penetrou na fase executiva, iniciando a realização do tipo; a interrupção da fase de execução do crime, ou seja, a não superveniência do resultado, por circunstâncias alheias à vontade do agente; e o dolo e outros eventuais elementos subjetivos correspondentes ao tipo subjetivo do fato típico completo.

A substância material típica da tentativa é a execução iniciada de um crime, ou seja, o comportamento típico, segundo o plano do fato, como concreta representação do acontecimento típico pelo autor.

Assim, é necessário que a conduta do agente caracterize um ato de execução do crime; que seja idônea, ou seja, que seja apta ou capaz de produzir o evento ou o resultado; e que seja objetivamente dirigida ao evento, ou seja, deve revelar por si a intenção do agente.

Além disso, é necessário que o ato de execução iniciado se interrompa antes da fase da consumação, por circunstância alheia à vontade do agente.

Ainda, é necessária a vontade do agente de querer a ação e o resultado final que concretiza o crime perfeito e acabado (dolo), ou seja, o mesmo tipo subjetivo exigido para o crime consumado (não um dolo de tentativa, mas um dolo de consumação).

O delito tentado, como a realização incompleta da figura típica, apresenta, além disso, todos os elementos ou características indispensáveis à configuração de um crime – uma conduta típica, antijurídica e culpável, sendo necessário verificar, primeiramente, genericamente, a existência desses elementos e, após, especificamente,

²⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 258.

³⁰ Segundo alguns autores a tentativa é um tipo independente (crime autônomo), entretanto, a posição doutrinária dominante considera a tentativa um delito incompleto.

a existência dos elementos ou requisitos da tentativa.

A tentativa ocorre, em regra, nos crimes dolosos, não sendo admissível nos delitos culposos; nos delitos qualificados pelo resultado (culposos ou preterdolosos); nos delitos omissivos próprios; nos delitos unissubsistente; nos delitos habituais; nos delitos condicionados; e nas contravenções penais³¹.

Conforme o parágrafo único do art. 14 do Código Penal, a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

A fundamentação da punibilidade da tentativa é explicada doutrinariamente segundo diversos critérios: a teoria objetiva fundamenta a punibilidade no perigo que a tentativa acarreta ao bem jurídico protegido; a teoria subjetiva justifica a punição da tentativa na exteriorização da vontade do autor contrária ao Direito (a teoria positivista ou sintomática pune a tentativa devido à periculosidade demonstrada pelo autor); e, segundo a teoria eclética ou mista, baseada nas teorias objetiva e subjetiva, a punibilidade fundamenta-se na exteriorização de uma vontade contrária a norma de conduta, minando a paz jurídica (a teoria da prevenção social sustenta a punibilidade da tentativa pelo alarme social, ou seja, pela tentativa ser socialmente perigosa; a teoria da impressão fundamenta a punibilidade na perturbação, provocada pela vontade contrária ao Direito manifestada na tentativa, na confiança e no sentimento de segurança existente na vigência do ordenamento jurídico).

A punibilidade, ainda, segundo alguns autores, pode ser fundamentada em dois aspectos: no perigo ao bem jurídico (aspecto material) e no início da composição do tipo (aspecto formal).

É possível, também, mencionar a existência de uma moderna teoria objetiva, que prega a punibilidade devido à tentativa ser uma conduta objetiva e concretamente perigosa.

Quanto aos critérios da diminuição da pena da tentativa, deverão ser adotados, em regra, critérios físicos, em relação às circunstâncias da própria tentativa (e não as circunstâncias do crime), podendo ser adotados, excepcionalmente, critérios

³¹ As contravenções penais não admitem tentativa por imposição do artigo 4º do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais).

subjetivos.

Alguns autores sustentam que deve ser facultada ao juiz, em hipóteses de suma gravidade, a imposição, na tentativa, da pena do crime consumado, sem a diminuição de um a dois terços.

A tentativa será imperfeita quando o processo executório é interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. A tentativa será perfeita quando a fase de execução é integralmente realizada pelo agente, mas o resultado não se verifica por circunstâncias alheias à sua vontade (crime falho).

Nas hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz, apesar de não caracterizarem tentativa, pois, o crime não se consumou por vontade do agente e não por circunstância acidentais, o agente somente responderá pelos atos por ele já praticados (conforme o art. 15 do Código Penal).

4 – CRIME IMPOSSÍVEL

4.1. Crime impossível

Genericamente, são utilizadas como sinônimos as expressões “crime impossível”, “quase-crime”, “tentativa inidônea” ou “tentativa inadequada”.

A tentativa, então, conforme demonstrado anteriormente, é a realização incompleta da conduta típica, que não se integra em seu aspecto objetivo, por circunstâncias alheias à vontade do agente³².

Um crime tentado, entretanto, apesar da realização incompleta da figura típica, apresenta todos os elementos indispensáveis à configuração de um crime (o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade)³³, não constituindo, porém, um tipo independente, ou seja, um crime autônomo, mas, sim, um delito incompleto ou frustrado³⁴.

A tentativa, assim, irá ocorrer com a presença dos seguintes elementos: a conduta que penetrou na fase executiva, iniciando a realização do tipo; a interrupção dessa fase executiva por circunstâncias alheias à vontade do agente; e o dolo e outros eventuais elementos subjetivos em relação ao fato típico completo³⁵.

Verificando-se a existência dos mencionados requisitos, o crime ocorrerá na modalidade tentada, punindo-se o agente, com uma pena mais branda que o crime consumado, pois, com a tentativa, põe-se em perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal (aspecto material) e inicia-se a realização do tipo (aspecto formal)³⁶.

O ato externo em que se pretende encontrar o elemento físico da tentativa apresenta, como característica indispensável, a idoneidade, ou seja, a aptidão a levar ao

³² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 279.

³³ BETTIOL, Giuseppe, e MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diretto penale: parte generale*, 12ª ed.. Padova: Cedam, 1986, p. 620.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 701; e BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, t. 2º, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 244.

³⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 327.

³⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, t. 2º, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 244.

fim perverso³⁷.

Portanto, para que haja tentativa, não basta que subsista uma vontade dirigida ao evento ilícito, pois, exige-se que essa vontade se exteriorize em atos idôneos para realizar o evento lesivo, endereçados de modo não equívoco ao cometimento de um crime³⁸.

Assim, a punibilidade do delito tentado exige uma ação idônea de tentativa, a qual, segundo um critério objetivo, importa, para um observador externo, em uma ação apropriada para realizar efetivamente a resolução criminal, ao contrário de um critério subjetivo, no qual é suficiente a crença do agente, segundo a sua própria opinião subjetiva, que a ação é apropriada para realizar efetivamente a ação criminal³⁹.

Então, a idoneidade ou eficácia dos meios e a direção dos atos executivos contra objeto próprio constituem qualidades de que se deve revestir a ação, para a configuração da tentativa punível⁴⁰.

Porém, a idoneidade dos meios e do objeto não é um requisito da possibilidade de início da execução do delito⁴¹, mas, sim, um requisito para a existência do crime tentado⁴².

Portanto, a ação delituosa com meio ineficaz ou sobre objeto impróprio para produzir o resultado configura uma tentativa inidônea ou um crime impossível⁴³, sendo, conseqüentemente, impossível a sua materialização no mundo⁴⁴ e impotente para causar dano⁴⁵, não existindo um mínimo de periculosidade para o bem jurídico protegido⁴⁶.

Assim, há tentativa inidônea ou crime impossível quando a execução da

³⁷ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 261 e 262.

³⁸ BETTIOL, Giuseppe, e MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diretto penale: parte generale*, 12ª ed.. Padova: Cedam, 1986, p. 622 e 623.

³⁹ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*, t. II. Madri: Revista de derecho privado, 1935, p. 231 e 232.

⁴⁰ MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no código penal brasileiro*. Curitiba: Littero-técnica, 1958, p. 100.

⁴¹ HUNGRIA, Nelson, e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, v. I, t. II, 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 100; e NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, v. 1, 33ª ed., p. 133.

⁴² MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no código penal brasileiro*. Curitiba: Littero-técnica, 1958, p. 102 e 103.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004, p. 313.

⁴⁴ PESSOA, Nelson R.. *El delito imposible*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 30.

⁴⁵ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Gênesis del derecho penal*. Bogotá: temis, 1956, p. 285.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 187.

resolução para o fato, em contrapartida à representação do autor, não pode conduzir ao pleno preenchimento do tipo de injusto objetivo, em decorrência de fundamentos fáticos ou jurídicos⁴⁷, ou seja, quando a ação do autor dirigida a realização de um tipo penal não pode chegar à consumação nas circunstâncias dadas, seja por razões fáticas, seja por razões jurídicas⁴⁸, devido à inidoneidade do objeto e dos meios de fato.

A inidoneidade, entretanto, não pode ser conhecida pelo agente, ou seja, o erro é essencial ao delito impossível ou tentativa inidônea⁴⁹, pois, se o agente conhece a insuficiência dos meios ou a improbidade do objeto, não há intenção ou vontade de cometer o delito⁵⁰, ocorrendo, assim, um erro de tipo ao revés ou ao contrário (a crença errônea na idoneidade da ação perpetuada)⁵¹.

Então, crime impossível ou tentativa inidônea é um ato de tentativa que não se consuma porque o programa causal pensado, desejado e desempenhado pelo autor conforme o seu plano concreto não tem eficácia para produzir o resultado desejado⁵².

O crime impossível não se confunde com o delito putativo, pois, enquanto na tentativa inidônea o agente pratica um fato típico com ineficácia absoluta do meio empregado ou com absoluta impropriedade do objeto, o crime putativo ou imaginário só existe na imaginação do agente, ou seja, a agente supõe, erroneamente, que está praticando uma conduta típica, quando, na verdade, o fato não constitui crime, ocorrendo um erro de proibição às avessas⁵³.

Os meios e o objeto, para a caracterização do crime impossível ou tentativa inidônea, devem ser absolutamente inidôneos, ou seja, o resultado deve ser impossível⁵⁴, pois, enquanto na impossibilidade absoluta o crime de forma alguma poderia consumir-se, na impossibilidade relativa, a despeito de não ter havido

⁴⁷ WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 139.

⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, 4ª ed.. Granada: Comares, 1993, p. 480.

⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 393.

⁵⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 213.

⁵¹ CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*, 4ª ed.. Buenos Aires: Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 1999, p. 436; TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 135; e COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*, v. 1, t. II, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 178.

⁵² PESSOA, Nelson R.. *El delito imposible*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 249; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, v. 1, 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, p. 370.

⁵⁴ MARTINS, Salgado. *Sistema de direito penal brasileiro: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 166.

consumação, esta não era de todo impraticável⁵⁵, sendo ordinariamente eficaz a produzir o resultado⁵⁶.

O meio (recurso ou instrumento empregado para atingir uma finalidade⁵⁷) inidôneo é aquele a que falta potencialidade causal, ou seja, que não é capaz de produzir o resultado⁵⁸.

A impropriedade do objeto (objeto material do crime, ou seja, a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta típica⁵⁹) é quando o objeto não tem condições de sofrer a ação típica⁶⁰.

Portanto, quando o objeto é absolutamente impróprio, ocorre, especificamente, um crime impossível, não ocorrendo tentativa, pois, devido à ausência de um objeto capaz de sofrer ação típica, falta um dos elementos do tipo objetivo do crime (objeto), sendo a conduta atípica⁶¹.

Entretanto, quando o meio é absolutamente ineficaz, ocorre, especificamente, uma tentativa inidônea, pois, a conduta do agente é, inicialmente, típica, porém, devido à ineficácia absoluta do meio empregado, a consumação do delito é impossível⁶².

Apreciada “*ex ante*” (antes do fato), ao menos no conceito do autor, toda tentativa é idônea, ao passo que, quando apreciada “*ex post*” (após o fato), toda tentativa é inidônea⁶³.

Sob o ponto de vista do bem jurídico, a única diferença entre a tentativa útil (idônea) e a tentativa inútil (inidônea) é a existência, na primeira, de um perigo para o

⁵⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. I, t. I, 4ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1975, p. 240 e 241.

⁵⁶ PANNAIN, Remo. *Manuale di diritto penale*, v. I, 2ª ed.. Torin: Union tipografico-editrice torinese, p. 461.

⁵⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 329.

⁵⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1.995, p. 248.

⁵⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 329.

⁶⁰ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 106.

⁶¹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 106; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta punível*. São Paulo: José Bushatsky, 1961, p. 210 e 211.

⁶² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 106; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71 e 72.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 709.

bem jurídico e a ausência do mesmo na segunda⁶⁴.

A idoneidade ou a inidoneidade da tentativa não pode ser julgada abstratamente, devendo ser analisada em concreto, no complexo de todas as condições e circunstâncias em que se exteriorizou a ação⁶⁵, pois, em abstrato, não existe comportamento inidôneo⁶⁶, não se buscando a inidoneidade, absoluta ou relativa, do meio, mas, aparentemente⁶⁷, a concreta e efetiva existência de perigo para o bem jurídico⁶⁸.

Assim, se o meio empregado pelo agente não representou perigo concreto e próximo ao meio tutelado, a tentativa foi inidônea, e, conseqüentemente, atípica⁶⁹.

Então, no crime impossível (absoluta impropriedade do objeto), devido à impropriedade do objeto, não há um começo de execução de um delito, mas, sim, se começa a executar ações atípicas, ou seja, não existe a tentativa⁷⁰.

Entretanto, na tentativa inidônea (absoluta inidoneidade do meio), existirá o começo de execução de um delito, entretanto, como o meio utilizado é absolutamente inidôneo, não existirá perigo concreto e próximo ao bem jurídico tutelado, sendo a conduta atípica.

A atual parte geral do Código Penal, com a redação determinada pela Lei 7.209/1984, estabelece, em seu art. 17, que “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

Percebe-se, então, que o legislador não distinguiu entre crime impossível e tentativa inidônea, estabelecendo como crime impossível a ineficácia absoluta do meio e a impropriedade absoluta do objeto, considerando-o impunível.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

⁶⁵ BETTIOL, Giuseppe, e MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diretto penale: parte generale*, 12ª ed.. Padova: Cedam, 1986, p. 626.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83.

⁶⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, tomo II. Coimbra: Almedina, 1968, p. 234 e 235.

⁶⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 106 e 107.

⁶⁹ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 107.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

4.2. Antecedentes históricos e teorias do crime impossível

O surgimento e a evolução do conceito de crime impossível acompanha a discussão sobre a punibilidade da tentativa, pois, somente nos ordenamentos que recepcionam a punibilidade da tentativa, é possível analisar a questão do crime impossível ou da tentativa inidônea.

No direito romano, encontram-se casos isolados de crime impossível aos quais a doutrina faz referência⁷¹.

A *Lex Carolina (Constitutio Criminalis Carolina)*, primeiro texto contínuo de legislação penal e o padrão do Direito Criminal medieval⁷², indicava a necessidade de meios prestáveis para caracterizar como idônea a tentativa⁷³.

A exigência do início da execução para a caracterização da tentativa (Código Napoleônico), levou os primeiros teóricos franceses (final do século XVIII e início do século XIX) a abraçarem a teoria objetiva da punibilidade da tentativa e, conseqüentemente, a teoria objetiva do crime impossível⁷⁴.

Na era moderna (início do século XIX), deve-se a Feurbach o início da discussão do crime impossível em termos teóricos⁷⁵.

As teorias que pretenderam explicar e estudar o crime impossível têm a mesma matriz das teorias que procuram fundamentar a punibilidade da tentativa, dividindo-se entre as teorias objetiva e as teorias subjetivas.

Marcelo Semer, ao analisar as teorias do crime impossível, identifica como teorias objetivas: a teoria objetiva pura; a teoria objetiva moderada; e a teoria da ausência de tipo. E como teorias subjetivas, enumera as seguintes: a teoria subjetiva alemã, a teoria subjetiva francesa e a teoria sintomática. Além disso, aponta a existência de teorias intermediárias: teoria da prognose póstuma e a teoria da

⁷¹ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

⁷² MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987, p. 24.

⁷³ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

⁷⁴ MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no código penal brasileiro*. Curitiba: Lítero-técnica, 1958, p. 101; e SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

⁷⁵ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

impressão⁷⁶.

Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, também ao analisarem as teorias do crime impossível, enumeram as seguintes: teoria objetiva pura; teoria objetiva temperada ou intermediária; teoria subjetiva pura; teoria sintomática; teoria da ausência de tipo; teoria da impressão; e teoria do desvalor da ação⁷⁷.

Segundo as teorias objetivas, o dano é necessário à configuração do delito (o dano imediato ou direito é a lesão ao bem jurídico; e o dano mediato ou moral é a ameaça à segurança jurídica) e, conseqüentemente, o perigo de dano é necessário para a tentativa (o dano imediato na tentativa).

A teoria objetiva pura exclui da esfera da tentativa as condutas que não provoquem lesão ou perigo de lesão à um bem jurídico, ou seja, quando a ação é inidônea ou incapaz de ocasionar lesão ao bem jurídico o crime é impossível, e a tentativa não pode ser punida, não importando o grau de incapacidade da ação.

A teoria objetiva moderada ou temperada adota a distinção entre idoneidade absoluta e relativa dos meios e objeto para a caracterização ou não do delito tentado. O crime impossível ocorre quando os meios e objeto da tentativa são absolutamente inidôneos, não sendo punível. Porém, quando os meios e o objeto são relativamente inidôneos, caracteriza a tentativa punível.

E a teoria da ausência do tipo estabelece que, se somente o fim do tipo é o qual falta (a consumação), a tipicidade não desaparece e a tentativa é punível, pois, para a tipicidade, é suficiente o começo do tipo. Assim, qualquer outra ausência de tipo, que não apenas o seu fim (peça final), excluiria a incidência penal. Portanto, o que falta na tentativa é a produção do resultado (consumação), sendo, portanto, punível. Porém, no crime impossível, não falta a idoneidade, mas a adequação típica, ou seja, a identificação do ato com o modelo fixado em lei, não sendo, assim, punível.

Segundo as teorias subjetivas, não importa a idoneidade do ato (a efetiva produção de lesão ou perigo ao bem jurídico), mas, sim, a crença do agente que os atos por ele praticados são idôneos e capazes de produzi o ato lesivo, pois, revela a vontade

⁷⁶ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34 a 53.

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis; e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 114.

contrária ao Direito do autor.

Assim, segundo a teoria subjetiva pura (alemã e francesa), toda a tentativa (objetivamente idônea ou inidônea), por relevar a vontade delituosa do autor, é punível.

E conforme a teoria sintomática, o fundamento da punibilidade da tentativa, independentemente da idoneidade ou inidoneidade objetiva da ação, a tentativa é sempre punível, pois, revela a periculosidade do autor (não a vontade delituosa do autor em relação ao caso concreto, como na teoria subjetiva pura, mas a personalidade, genericamente, perigosa do autor, a qual foi demonstrada, especificamente, pela vontade delituosa em relação ao caso concreto).

A teoria da prognose póstuma considera a razão da punibilidade da tentativa o seu caráter perigoso, demonstrado pela possibilidade iminente de realização do resultado (perigo concreto), a qual deve ser feita por intermédio de um prognóstico posterior ao fato, considerando-se as circunstâncias cognoscíveis ou conhecidas pelo agente no momento do delito, não sendo punível, assim, o crime impossível.

A teoria da impressão fundamenta a punibilidade da tentativa na quebra da paz e segurança jurídica, ou seja, na confiança da coletividade na vigência das normas, sendo que, um crime tentado, ao exteriorizar a vontade delituosa do agente, é punível, pois causa um dano (um desprezo ao sentimento de paz para com a comunidade). Porém, a punição da tentativa deve obedecer critérios objetivos, dentre os quais, o afastamento da tentativa que não gere um mínimo de periculosidade e em nenhum caso pode chegar à consumação (crime impossível).

E a teoria do desvalor da ação considera o delito um injusto pessoal, presente em qualquer ato executivo de uma ação típica, mesmo em se tratando de delito impossível.

4.3. Crime impossível no ordenamento brasileiro e no direito comparado

O Código Criminal do Império (1830) não continha disposição sobre o crime impossível, entretanto, a jurisprudência da época considerava a tentativa, verificada a

inidoneidade absoluta do meio ou do objeto, impune.

O Código Penal de 1890, adotando a teoria objetiva temperada, estabelecia, em seu art. 14, parágrafo único, que “*não é punível a tentativa no caso de ineficácia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinqüente se propuser*”.

O Código Penal de 1940 também adotou a teoria objetiva temperada, determinando, em seu art. 14, sob a rubrica “crime impossível”, que “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (...)*”.

Entretanto, o Código Penal de 1940, em sua antiga redação, adotando a teoria sintomática (duplo-binário), impôs a aplicação de medida de segurança (liberdade vigiada) aos autores de crime impossível, devido à periculosidade por eles demonstrada (art. 76, § único, e art. 94, inc. III).

Entretanto, a nova redação da parte geral do Código Penal (1984) afastou o sistema duplo-binário e a imposição de medidas de segurança para imputáveis, estabelecendo, em seu art. 17, que “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”⁷⁸.

O Código Penal alemão, no § 22 do Capítulo II do Título II, determina que “*intenta um delito quem, segundo sua representação do fato, inicia diretamente a realização do tipo*”, estabelecendo, no artigo 23, § 3º, que o juiz pode diminuir ou prescindir a pena na hipótese do crime em que, pela grosseira falta de entendimento do agente, em nenhum caso se poderia chegar à consumação.

No Direito espanhol, a punibilidade do crime impossível foi introduzida, especificamente, pelo Código Penal de 1944 (art. 52.2), entretanto, com a alteração legislativa de 1995, segundo a redação do art. 16.1, “*há tentativa quando o sujeito dá início à execução do delito diretamente por atos exteriores, praticando todos ou parte dos atos que objetivamente deveriam produzir o resultado e, ainda assim, este não se*

⁷⁸ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 67 a 69; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66 a 70.

produz por causas independentes da vontade do autor”, sendo que a referência à possibilidade objetiva de produção do resultado afasta da punibilidade os casos de crime impossível.

O Código Penal francês não define o crime impossível ou a tentativa inidônea e não traz qualquer referência acerca da aplicação da pena nas hipóteses em que a execução do delito é inviável. A jurisprudência francesa manifesta-se pela punibilidade do crime impossível, excetuando-se as hipóteses em que a lei expressamente exige a idoneidade, como, por exemplo, no envenenamento (art. 221-5 do Código Penal).

O Código Penal português de 1982 determina que *“a tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime”* (art. 23, 3), estabelecendo, ainda, que os atos de execução devem ser idôneos a produzir resultado típico (art. 22, 2, “b”).

E no Direito italiano o crime impossível é impunível, sendo que o art. 56 do Código Penal italiano exige, para a caracterização da tentativa, atos idôneos, dirigidos de modo inequívoco ao cometimento do delito, e o art. 49, § 2º, exclui a punibilidade quando, pela inidoneidade da ação ou pela inexistência do objeto, é impossível o evento danoso ou perigoso.

O Código Penal argentino não define a tentativa inidônea, mas, em seu art. 44, estabelece que, se o delito era impossível, a pena se diminuirá da metade e poderá ser reduzida até o mínimo legal ou ser desprezada, de acordo com o grau de periculosidade demonstrado pelo agente.

No Direito uruguaio, é isenta de pena os atos absolutamente inadequados (fim e meios absolutamente inidôneos), sendo possível, entretanto, a aplicação de medida de segurança (art. 5º, § 3º e 4º, do Código Penal).

O Código Penal paraguaio não dispõe expressamente sobre o crime impossível, mas, segundo o art. 3º, § 2º, *“há delito tentado, ou tentativa, quando o agente, por meios inidôneos, dá início à execução de um delito possível, por atos exteriores que têm relação direta e inequívoca com a infração, mas não pratica todos os atos necessários para a consumação do delito, por causa ou acidente, que não seja sua*

própria e voluntária desistência”.

E o Código Penal chileno não define o crime impossível, nem demarca de forma mais clara a necessidade de idoneidade à tentativa. Porém, a jurisprudência chilena nega a punibilidade do crime impossível, nas hipóteses de absoluta inidoneidade, entendimento adotado pela Lei 11.625/1954⁷⁹.

4.4. Casuística do crime impossível

a) Inidoneidade absoluta do meio e do objeto

A tentativa de prática criminal será inidônea e, conseqüentemente, caracterizará um crime impossível, quando não é potencialmente eficaz para produzir o resultado, ou seja, dano ou perigo ao objeto jurídico, conforme demonstra a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Crime é conduta e resultado. Este configura dano ou perigo ao objeto jurídico. Além disso a execução deve ser idônea, ou seja, trazer a potencialidade do evento. Execução idônea conduz à consumação ou à tentativa. Execução inidônea, ao contrário, leva ao crime impossível” (STJ – RHC 1.902-9 – Rel. Vicente Cernicchiaro – DJU 05.04.1993, p. 5.859)⁸⁰.

Jurisprudencialmente, o meio absolutamente inidôneo é aquele incapaz de produzir o resultado e o objeto absolutamente inidôneo é aquele insuscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão:

“Necessidade de análise da idoneidade, se absoluta ou relativa, tanto dos meios quanto do objeto – distinção – ‘Há idoneidade absoluta do meio quando este é essencialmente incapaz de produzir o resultado, e relativa se o meio, em si mesmo eficaz, se tornou impróprio pela maneira ou nas circunstâncias em que foi empregado’” (TACRIM-SP – HC – Rel. Rubens Gonçalves – RJD 3/200)⁸¹.

⁷⁹ SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 57 a 63.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 257.

⁸¹ FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 257.

”HOMICÍDIO – JÚRI – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – CRIME IMPOSSÍVEL, COAÇÃO IRRESISTÍVEL E ESTRITA OEDIÊNCIA À ORDEM DE SUPERIOR HIERÁRQUICO NÃO CARACTERIZADOS – Não há que se falar em crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, quando o bem jurídico é idôneo, suscetível de sofrer lesão ou perigo de lesão. O simples receio de perigo não exclui a culpabilidade, porque a coação irresistível somente existe quando ele é sério e atual, o que não ocorre na hipótese dos autos. Com relação a estrita obediência a ordem de superior hierárquico, exige-se que tal ordem não seja manifestamente ilegal, além de referir-se a espécie à subordinação hierárquica de Direito Administrativo” (TJMG – RSE 000.175.936-4/00 – 3ª C.Crim. – Rel. Des. Mercêdo Moreira – J. 01.08.2000)⁸².

b) Flagrante preparado

Uma das questões práticas de grande repercussão, atualmente, envolvendo o crime impossível, é a situação denominada “flagrante preparado” ou “flagrante provocado”.

O “flagrante preparado” ocorre quando o policial instiga ou provoca o agente a praticar a conduta típica, com o intuito de prendê-lo em flagrante.

É pacífico o entendimento jurisprudencial, inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, que “*não há crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a consumação do delito*” (súmula 145).

Entretanto, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à natureza do flagrante preparado: um crime de ensaio (crime putativo provocado) ou um crime impossível.

Um exemplo prático de um crime preparado ou provocado é o policial que, instigando e convencendo o agente a lhe entregar, onerosamente, substância entorpecente, prende o agente em flagrante delito pela prática prevista no artigo 12 da Lei 6.368/76.

O “flagrante preparado” não se confunde com o “flagrante esperado”, no qual o policial, presenciando uma prática delitiva, prolonga para um momento oportuno a prisão em flagrante, sem interferir na atividade delitiva.

⁸² Juris Síntese Millenium, ementa nº. 39014268.

c) Outras hipóteses

É possível, ainda, à guisa de complementação, citar, como exemplos, os seguintes entendimentos jurisprudenciais sobre hipóteses de caracterização do crime impossível, os quais revelam o âmbito da discussão prática da tentativa inidônea⁸³:

1) Segundos alguns entendimentos jurisprudenciais, a ciência da vítima sobre o ardid ou artifício empregado, no crime de estelionato, caracteriza um crime impossível, devido à impossibilidade do agente induzir a vítima em erro:

“Se desde o início a vítima percebeu a fraude, inidôneo, portanto, o meio iludente empregado, não há tentativa de estelionato punível, mas crime impossível” (TAPR – HC – Rel. Idevan Lopes – RT 669/356)⁸⁴.

2) A falsificação grosseira, devido à impossibilidade de representar, convincentemente, o documento verdadeiro e de induzir a vítima em erro, também é considerada, por alguns julgados, um crime impossível:

“Crime impossível – ‘Se a falsificação é grosseira, perceptível à primeira vista, os atos executórios revelam absoluta impropriedade da ação para realizar o resultado penalmente relevante’” (TJDF – AC – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 04.03.1980, p. 1.052)⁸⁵.

“APELAÇÃO CRIME – FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – CONTRAFAÇÃO GROSSEIRA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO – PROVIMENTO DO APELO – Impõe-se o provimento do apelo com a conseqüente absolvição de réu condenado por falsificação de carteira nacional de habilitação, se a contrafação apresenta-se grosseira e facilmente perceptível, hipótese

⁸³ DELMANTO, Celso; e outros. *Código penal comentado*, 5ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 29 e 30; FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1197, p. 256 a 271; GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. *Jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, 6ª ed.. Curitiba: Edição do autor, 2001, p. 170 e 176; e SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79 a 87.

⁸⁴ FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 258.

⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 258.

em que não se perfaz a infração, caracterizando crime impossível” (TJPR – ACr 0068423-3 – (10854) – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Nunes do Nascimento – DJPR 05.10.1998)⁸⁶.

3) O furto sob vigilância, segundo alguns entendimentos jurisprudenciais, caracteriza um crime impossível, pois, como o agente ou a *res furtiva* estão sendo monitorados, não é possível a consumação do furto:

“Se a res que o acusado pretendia furtar estava protegida por um sistema de alarme, tornando absolutamente ineficaz o meio por ele empregado para subtraí-la, tem-se, na espécie, autêntica tentativa impossível” (TACRIM-SP – AC – Rel. Geraldo Gomes – RT 545/373).

4) E a vítima sem dinheiro ou valor em crime de furto ou roubo também é considerado um crime impossível, pois, devido à inexistência de *res furtiva*, o crime de furto ou roubo não se consuma:

“Não portando a vítima qualquer valor, é indubitoso que se configurou o crime impossível. Como leciona Magalhães Noronha, ocorre aqui a absoluta impropriedade do objeto quando este não existe” (TJSP – AC – Rel. Andrade Cavalcanti – RJTJSP 127/286)⁸⁷.

Os mencionados entendimentos jurisprudenciais, entretanto, não são pacíficos e não foram apreciados, conclusivamente, pelos tribunais superiores, sendo frutos, isoladamente, de determinados tribunais estaduais e federais.

⁸⁶ Juris Síntese Millenium – ementa nº. 53016899.

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. I, t. I, 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 260.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, como foi explanado, o Direito Penal, um sistema de controle social formal, decorrente da função de pacificação social do Direito, objetiva reprimir e prevenir condutas penalmente ilícitas, que lesionam bens jurídicos essenciais, punindo-as, com a perda de um bem jurídico do autor, através do poder punitivo estatal.

Entretanto, o Direito Penal, além de limitar condutas individuais contrárias à coletividade e lesivas aos bens jurídicos essenciais, também limita a própria atuação estatal, a qual não pode ser arbitrária e injusta, prevendo princípios limitadores à atividade estatal, dentre os quais, os princípios da lesividade, da intervenção mínima e da fragmentariedade.

O Direito Penal, que é um conjunto de normas, implica, também, em um sistema de interpretação das normas penais, objetivando a verificação da existência de condutas lesivas e a aplicação das respectivas sanções.

Assim, estabelece-se um conceito analítico de crime, o qual, decompondo o delito em elementos ou requisitos, procura possibilitar a constatação concreta da existência de um crime.

Desse modo, analiticamente, a infração penal é uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.

Analisando-se a realização concreta de um crime, percebe-se que, o indivíduo, ao realizar a conduta delituosa, percorre um “*iter criminis*”, abstratamente formulado, que se inicia na cogitação da prática criminal e encerra-se na consumação do delito, que é a obtenção do resultado lesivo.

É possível, porém, que o ato criminoso não atinja a consumação, ocorrendo uma tentativa de prática delituosa, a qual não resulta em uma lesão ao bem jurídico, mas em um perigo de lesão.

A tentativa, quando idônea ou relativamente inidônea, é punível, pois, acarreta um perigo ao bem jurídico tutelado.

Entretanto, quando a tentativa é absolutamente inidônea, ou seja, quando não produz um perigo próprio e concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, não é punível, resultando na ausência de tipicidade da conduta tentada.

O Direito Penal objetiva a proteção dos bens jurídicos, conjugando o princípio da lesividade, segundo o qual o Direito Penal somente irá reprimir as condutas lesivas a bens jurídicos, não sendo típica a conduta quando a lesão ou a exposição a perigo de bem jurídico inexistir ou for irrelevante, e os princípios da intervenção mínima (subsidiariedade) e da fragmentariedade, segundo os quais somente os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes devem ser objetos do Direito Penal (fragmentariedade) e, ainda assim, somente quando outros mecanismos não sejam suficientes (subsidiariedade), não se justificando, assim, a punibilidade do crime impossível.

ABREVIATURAS

p. – página ou páginas

v. – volume ou volumes

t. – tomo ou tomos

ed. – edição ou edições

art. – artigo ou artigos

§ – parágrafo ou parágrafos

inc. – inciso ou incisos

n.º. – número ou números

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTIOL, Giuseppe, e MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diretto penale: parte generale*, 12ª edição. Padova: Cedam, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, volume 1, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*, tomos 1º e 2º, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente, e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CONDE, Francisco Munõz, e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal: parte general*, 3ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- CONDE, Francisco Munõz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Direito Criminal*. Coimbra: Armênio Amado, 1953.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*, volume 1, tomo II, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte general*, 4ª edição. Buenos Aires: Astrea de Alfredo e Ricardo Depalma, 1999.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva, e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*,

- volume I, tomo I, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, volume I, tomo I, 4ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1975.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Carta de iniciação para gostar do direito*, 2ª edição. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- HUNGRIA, Nelson, e FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal*, volume I, tomo II, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, 4ª edição. Granada: Comares, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, 1º volume, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.987.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, volume II. Campinas: Bookseller, 1.997.
- MARTINS, Salgado. *Sistema de direito penal brasileiro: introdução e parte geral*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: João Mestieri, 1990.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II. Madri: Revista de derecho privado, 1935.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*, 2ª edição. Lisboa: Estampa, 1989.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. *Da tentativa no código penal brasileiro*. Curitiba: Litéro-técnica, 1958.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, 11ª edição, volume I. São Paulo: Atlas, 1996.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1.998.
- PESSOA, Nelson R.. *El delito impossible*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

- PRADO, Luiz Regis, e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”*. Curitiba: Juruá, 1991.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGEL, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, e PIERANGEL, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.